

BARNES MEDBESTEMMELSESRETT

Ivaretas barnets rett til å bli hørt i praksis?

Analyse av lagmannsrettens avgjørelser med innslag fra EMD

Kandidatnr: 299

Veileder: Elisabeth Gording Stang

Leveringsfrist: 25.april 2004

Til sammen 17812 ord

Dato 20.april 2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	OPPGAVENS TEMA	1
1.2	PROBLEMSTILLING	2
1.3	AVGRENSNING	2
1.4	KILDER OG METODE	2
1.4.1	LOV OG FORARBEIDER	2
1.4.2	MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONEN OG BARNEKONVENSJONEN	3
1.4.3	DOMSMATERIALET OG RETTSPRAKSIS	3
1.4.4	BARNERETTLIGE PRINSIPPER	4
1.4.4.1	Det biologiske prinsipp	4
1.4.4.2	Barnets beste	4
1.5	BEGREPSAVKLARING	6
1.5.1	NÆRMERE OM SELVBESTEMMELSESRETTE	6
1.5.2	FORHOLDET FORELDREANSVAR - DAGLIG OMSORG ELLER BO FAST HOS	7
1.6	OPPGAVENS OPPBYGGING	8
<u>2</u>	<u>ET HISTORISK TILBAKEBLIKK</u>	<u>9</u>
2.1	BARNELOVGIVNINGEN OG BARNS MEDBESTEMMELSESRETT	9
<u>3</u>	<u>GJELDENE RETT</u>	<u>12</u>
3.1	BARNELOVEN §31	12
3.1.1	INNLEDNING	12
3.1.2	12 ÅRS REGELEN	12
3.1.2.1	Innholdet i bestemmelsen	13
3.1.3	7 ÅRS REGELEN	16
3.1.3.1	Bakgrunn og hensyn	16
3.1.3.2	Endringen i praksis	17
3.2	BARNEKONVENSJONEN	19

3.3	HVORDAN SKAL BARNET HØRES?	21
4	<u>EN GJENNOMGANG AV RETTSPRAKSIS PÅ OMRÅDET</u>	<u>22</u>
4.1	BARNEFORDELINGSSAKENE	22
4.1.1	SAKSBEHANDLINGEN	22
4.2	AVGJØRELSE OM FAST BOSTED, FORELDREANSVAR OG SAMVÆR	23
4.2.1	INTRODUKSJON	23
4.2.2	AVGJØRELSENE INNHOLD OG FUNNENE	24
4.2.2.1	Blir barnet hørt?	24
4.2.2.2	Hvem hører barnet?	24
4.2.2.3	Blir avgjørelsene begrunnet?	25
4.2.2.4	Hvorfor blir barnet hørt og hvorfor blir det ikke hørt?	25
4.2.2.5	Er resultatet i samsvar med barnets mening?	27
4.2.2.6	Hva blir konsekvensen av ikke å høre barnet?	28
4.2.2.7	Hvordan anvendes regelen i bl.§31 første ledd kontra annet ledd?	29
4.2.2.8	Henviser avgjørelsene til barnekonvensjonen?	30
4.2.3	KOMMENTARER OG VURDERINGER	30
4.3	MIDLERTIDIGE AVGJØRELSE I BARNEFORDELINGSSAKER	34
4.3.1	KORT OM BARNELOVEN §60	34
4.3.2	RETTSPRAKSIS OM BL.§60	35
4.3.3	AVGJØRELSENE RESULTATER	35
4.3.4	HAR BARNET RETT TIL Å BLI HØRT I MIDLERTIDIGE AVGJØRELSE?	36
5	<u>BARNES MEDBESTEMMELSE RETT ETTER EMK</u>	<u>37</u>
5.1	INNLEDNING	37
5.2	EMK ARTIKKEL 8	38
5.2.1	FRA EN BARNERETTLIG SYNSVINKEL	38
5.2.2	INNHALDET I ARTIKKELEN	38
6	<u>EMDS AVGJØRELSE I BARNEFORDELINGSSAKER</u>	<u>40</u>
6.1	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOL	40
6.2	DE UTVALGTE AVGJØRELSE	41
6.2.1	AVGJØRELSENE I ET SAMMENDRAG	41
6.2.2	BARNA SOM BLIR HØRT	41

6.2.3	BARNA SOM IKKE BLIR HØRT	42
6.2.4	GENERELLE PRINSIPPER I AVGJØRELSENE	43
6.3	KOMMENTARER OG VURDERINGER	44
7	<u>AVSLUTNING</u>	46
7.1	SVAR PÅ PROBLEMSTILLINGEN OG RETTSPOLITISKE SYNSPUNKTER	46
8	<u>LITTERATURLISTE</u>	48
9	<u>VEDLEGG</u>	52

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Denne avhandlingen omhandler barns medbestemmelsesrett etter §31 i barneloven (bl.) av 8.april 1981 nr.7. Men oppgaven vil også komme inn på artikkel 8 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 21.mai 1999 nr.30, og på artikkel 12 i FNs barnekonvensjon av 20. november 1989. Barns medbestemmelsesrett har vært mye omtalt i den senere tid på grunn av de nye reglene som trådte i kraft 1.april 2004, jf. lov av 20.juni 2003 nr.40. Men barns medbestemmelsesrett er også en viktig rettighet i barnekonvensjonen, som nå gjelder som norsk rett ved lov av 1.august 2003 nr.86. De nye reglene og konvensjonen vil bli nærmere behandlet i avhandlingen.

Temaet i oppgaven vil bli belyst gjennom lov, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

I forbindelse med regelen om barns medbestemmelsesrett, omtales også ofte regelen om barns selvbestemmelsesrett i bl.§33. Men innholdet i begrepene er ikke det samme, og følgene av at barn har medbestemmelsesrett og at de har selvbestemmelsesrett, er forskjellige. Men det vil bli nærmere omtalt under punkt 1.5.1.

Barnekonvensjonen bidro til at barn og barns rettigheter kom mer i fokus enn tidligere. Barn er enkeltindivider og utgjør en gruppe mennesker, som har rett til beskyttelse mot inngrep både fra andre mennesker og fra offentlige myndigheter. Temaet barns medbestemmelsesrett er derfor svært viktig i den sammenheng. Noe av hensynet bak medbestemmelsesretten er nettopp at barn som menneske og individ skal bli hørt i saker som angår dem selv. At barn og barns rettigheter har kommet mer fram i lyset, skyldes også den utvikling samfunnet er i. Inngrep i rettighetene eller overgrep mot mennesker har blitt gjenstand for en økende mediedekning, og det er naturlig at barns rettigheter kommer med når menneskerettighetene generelt blir et tema.

Barneloven regulerer de privatrettslige sider når det oppstår konflikt mellom foreldrene i forbindelse med samlivsbrudd. Det dreier seg om saker som bare bringes inn for domstolene når foreldrene ikke klarer å løse konflikten ved avtale seg i mellom. Og selv om medbestemmelsesretten også gjelder når foreldrene, i dagliglivet ellers, skal

ta avgjørelser som vedgår barnet, er det helst når det blir en tvist for domstolene at det virkelig blir et rettslig tema. Det er også slik medbestemmelsesretten kommer til uttrykk gjennom rettspraksis, som er hovedtemaet for avhandlingen.

1.2 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er hvordan regelen om barns medbestemmelsesrett blir praktisert og ivaretatt i norske rettsavgjørelser. I tillegg vil den samme problemstillingen bli stilt også i forhold til noen avgjørelser av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Regelen er viktig i teorien, men den har ingen betydning hvis den ikke blir fulgt eller etterlevd i praksis. Jeg vil også se på hvilke skjønsmessige momenter som anvendes ved avgjørelsene. Målet er å se om jeg kan finne noen "linjer" og sammenhenger for vurderingene.

1.3 Avgrensning

Barns medbestemmelsesrett er ikke bare viktig i saker etter barneloven, men også i saker etter både barnevernloven (bvl.) av 17.juli 1992 nr.100 og pasientrettighetsloven (pasl.) av 2.juli 1999 nr.63. Materialet ville imidlertid bli altfor stort og tiden ville ikke strekke til hvis avhandlingen skulle omfatte alle typer saker. Jeg har derfor valgt å avgrense oppgaven mot saker etter de to sistnevnte lover, og bare konsentrere meg om barns medbestemmelsesrett i barnefordelingssaker etter barneloven. Som barnefordelingssaker regnes i denne sammenheng både saker etter bl.§§34 og 35 om foreldreansvaret, bl.§36 om hvem barnet skal bo hos, og saker om samværsrett etter bl.§43. Midlertidige avgjørelser etter bl.§60, er også tatt med fordi de reiser de samme problemstillinger og ofte får betydning for utfallet i hovedsaken.

1.4 Kilder og metode

1.4.1 Lov og forarbeider

Selv om problemstillingen i avhandlingen mer omhandler den praktiske siden av barns medbestemmelsesrett, må jeg også tolke og bearbeide ordlyden i bl.§31 og forarbeidene til bestemmelsen for å få en bedre forståelse av norsk rettspraksis på området.

1.4.2 Menneskerettighetskonvensjonen og barnekonvensjonen

Både EMK og barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven (mnskrl.) av 21. mai 1999 nr.30, og gjelder som norsk lov. Inkorporeringen får betydning for tolkingen av våre lover, da menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr.30 §3, sier at konvensjonene skal gå foran i tilfelle av motstrid. Bestemmelsen er et utslag av lex superior prinsippet. Derfor bruker jeg også konvensjonene samt EMD - praksis som rettskilder i avhandlingen. Både EMK og barnekonvensjonen skal ivareta hensynet til barns medbestemmelsesrett.

1.4.3 Doms materialet og rettspraksis

Rettspraksis er den rettskilde som har størst vekt etter lov og forarbeider, og Høyesteretts avgjørelser er i norsk rett de avgjørelser som har størst rettskildemessig verdi. Men for å belyse problemstillingen har jeg likevel tatt for meg lagmannsrettens avgjørelser. Materialet i lagmannsretten er mye større enn i Høyesterett da en del av sakene vil bli "silt bort" for hver instans. Det er ikke så mange barnefordelingssaker som går helt til Høyesterett. Jeg har valgt ut alle avgjørelsene fra 2003, atten i alt, og har da også muligheten til å få et forholdsvis stort materiale bare med de nyeste avgjørelsene.

Barnefordelingssakene behandler flere typer spørsmål, for eksempel hvor barna skal bo, hvem som skal ha foreldreansvaret og hvor stort samvær som skal fastsettes. Alle disse spørsmålene vil i arbeidet med avgjørelsene bli behandlet samlet da flere spørsmål ofte oppstår i samme sak. Jeg skiller da for eksempel ikke mellom saker som kun gjelder samværsrett og saker som kun gjelder fast bosted.

Når det gjelder midlertidige avgjørelser i barnefordelingssaker, virker det som det er litt uklarhet rundt regelen om barns medbestemmelsesrett. Avgjørelsene har vært noe "sprikende", da noen dommere mener barna skal høres også i slike saker, og andre mener de ikke skal det. Jeg har derfor tatt for meg tolv midlertidige avgjørelser for å se nærmere på spørsmålet. Ni av sakene er Høyesterettsavgjørelser fra tidsrommet 1998-2003, og de tre siste er lagmannsrettsavgjørelser fra 2003. Disse tre inngår også i materialet nevnt ovenfor.

I tillegg har jeg gjennomgått seks avgjørelser fra EMD for å se på hvordan regelen om barns medbestemmelsesrett praktiseres i barnefordelingssaker etter EMK artikkel 8. Avgjørelsene er imidlertid mer eller mindre tilfeldig valgt, da det etter mitt

syn er litt vanskelig å søke etter bestemte typer avgjørelser i Hudock (EMDs søkebase). Artikkel 8 omfatter mange forskjellige typer avgjørelser, og det er vanskelig å begrense søkene. Men jeg har prøvd å finne noen som er relevante for min problemstilling.

Det er ofte av interesse å se om dommen eller kjennelsen er blitt avsagt under dissens eller ikke, fordi det kan indikere en viss uenighet på området. Men i og med at temaet i mine saker er barns medbestemmelsesrett, er det bare interessant i de tilfeller dissensen nettopp gjelder dette. Dissensen vil ikke bli omtalt hvis den ikke sier noe i forhold til medbestemmelsesretten.

1.4.4 Barnerettslige prinsipper

Barneretten opererer med noen prinsipper som er særegne for området, og som har stor betydning når det skal tas avgjørelser i barnerettslige tvister. I tillegg gjelder både det minste inngreps prinsipp og legalitetsprinsippet også i barneretten.¹

1.4.4.1 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp utgjør utgangspunktet for forholdet barn – foreldre. Barn skal få vokse opp sammen med sine foreldre, og foreldrene skal få ha barna boende hos seg til de har nådd myndighetsalderen. Barn og foreldre har med andre ord rett til å være en familie, og det offentlige skal ikke kunne gripe inn i dette forholdet uten å ha lovhjemmel, jf. legalitetsprinsippet. Det er også noe av poenget i EMK artikkel 8, og som vil bli behandlet senere i avhandlingen.

1.4.4.2 Barnets beste

Det dominerende prinsippet i barneretten er hensynet til "barnets beste". Hensynet har også vært det grunnsyn lovgiveren har bygget på ved utformingen av barneloven fra 1981, og er slått fast i bl.§48² i tillegg til bvl.§4-1. Men barnets beste er ikke bare et nasjonalt, men også et internasjonalt prinsipp. Det er nedfelt i FNs

¹ Minste inngreps prinsipp går i korthet ut på at det alternativ, det vil si type inngrep, skal velges som gjør minst skade. Legalitetsprinsippet innebærer at offentlige myndigheter ikke kan gripe inn i borgernes eiendomsrett eller handlefrihet uten å ha lovhjemmel.

² Paragrafen er et resultat av lov av 20.juni 2003 nr. 40. Det er ikke snakk om noen realitetsendring, bare en endring av lovteknisk art.

barnekonvensjon artikkel 3 nr.1, uttrykt som "*the best interests of the child*", og er lagt til grunn i barnelovgivningen i de fleste vestlige land.³

Avgjørelsene skal treffes ut fra hva som er best for barnet både i forholdet mellom barn og foreldre i barnevernet, og ellers ved alle andre beslutninger som berører barn. Begrepet barnets beste blir den veiledende konkrete norm for myndighetene og domstolene ved tolkingen og bedømmelsen av barnets behov og interesser i det enkelte tilfelle.

Selv om ikke noen alternativer er spesielt gode for barnet, brukes prinsippet om barnets beste til å velge mellom alternativene.⁴ Det blir da foretatt en helhetsvurdering over hvilken løsning som alt i alt er best for barnet. Og på denne måten kan en også si at barnets beste er en innskrenkning i det biologiske prinsipp, fordi utgangspunktet om at barn skal vokse opp hos sine foreldre kan måtte vike for en annen løsning som er bedre for barnet.

Barnets beste skal altså vurderes helt konkret, men det finnes visse retningslinjer for skjønnnet. Justiskomiteen uttalte i forbindelse med lovforarbeidet til barneloven at "det må legges betydelig vekt på hvem som har den sterkeste følelsesmessige kontakt med og har hatt den faktiske omsorg for barnet".⁵ Sandberg hevder at bl.§31 er en retningslinje for skjønnnet over barnets beste. Annet ledd i paragrafen sier klart at barn som fyller 7 år skal ha rett til å bli hørt og at meningen skal tillegges stor vekt. Yngre barn skal etter første ledd spørres hvis de er modne nok. Hun mener regelen i bl.§31 er den klareste retningslinjen for skjønnnet, og dreier seg da om relevansen og vekten av barnets eget ønske. Det er også den eneste retningslinjen for skjønnnet som er nevnt i loven.⁶ Imidlertid er det uenighet om medbestemmelsesretten her er en retningslinje eller ikke.

Begrepet er dynamisk. Det vil si at det ikke er fast, men endrer seg etter de faktiske og samfunnsmessige forholdene. Hva som er til barnets beste er

³ Haugli 2002, side 313

⁴ Sandberg 2003, side 26

⁵ Innst. O. nr.30 (1980-81), side 14

⁶ Sandberg 1990, side 32-34

situasjonsavhengig. At begrepet har en dynamisk karakter, er også lagt til grunn i barnekonvensjonen.⁷

1.5 Begrepsavklaring

1.5.1 Nærmere om selvbestemmelsesretten

Medbestemmelsesrett går ut på at barn har en rett til å få si sin mening når det skal tas avgjørelser som angår dem selv. Det er ikke meningen at barnet skal få bestemme hva avgjørelsen skal gå ut på, men at det skal bli hørt og at synspunktet blir tatt i betraktning før beslutningen tas. Det at barnet har en selvbestemmelsesrett derimot, betyr at det ene og alene er barnet som bestemmer i spørsmål som angår det selv.

Bl.§33 lovfester at barn skal få stadig større selvbestemmelsesrett med alderen og modenheten. Regelen vil få betydning allerede fra barnet er ganske lite for eksempel angående klesdrakt, hårfasong, fritidsaktiviteter og venner.⁸ Etter norsk rett har barn rett til å bestemme fullt ut i en rekke spørsmål før det fyller 18 år. Enkelte forhold er særlig lovregulert slik som bl§32, som gir barnet selvbestemmelsesrett ved fylte 15 år når det gjelder valg av utdanning og rett til å melde seg inn og ut av foreninger. Det siste begrenses litt av at foreldrene ikke påføres store økonomiske utgifter. I tillegg har vi regler i navneloven (navnl.) av 29. mai 1964 nr.1, som sier at søknad om navneskifte eller slektsnavn krever samtykke fra vedkommende hvis han eller hun er over 12 år, jf.§§10 tredje ledd og 18. Og i lov om trdomssamfunn og ymist anna av 13. juni 1969 nr.25 §3, kan barn selv bestemme om de vil melde seg inn eller ut av trossamfunn fra de fyller 15 år. Barn har også rett til å rå over selvtjente midler fra de er 15 år, jf. vergemålsloven (vgml.) av 22. april 1927 nr.3 §33.

Det er jenta selv som bestemmer om hun skal søke svangerskapsavbrudd uansett alder,⁹ men det gjelder bare før tolvte svangerskapsuke, jf. abortloven (abl.) av 13. juni 1975 nr.50 §2. I flere medisinske spørsmål har barnet selvbestemmelsesrett fra det er 16 år, se for eksempel psykisk helsevernlov (phlsvl.) av 2.juli 1999 nr.62 §2-1 første ledd, og pasientrettighetsloven (pasl.) av 2.juli 1999 nr.63 §3-4 første ledd. Og når det gjelder

⁷ Grude Flekkøy og Hevener Kaufman 1997, side 44

⁸ Backer 1982, side 204

⁹ Smith 1981(JV), side 425.

prevensjon, er det vanlig med selvbestemmelsesrett i alle fall fra fylte 16 år, men på dette punktet er det litt uenighet.¹⁰

1.5.2 Forholdet foreldreansvar - daglig omsorg eller bo fast hos

Foreldreansvar og daglig omsorg blir benyttet mye både i den barnerettslige litteraturen og i rettspraksis. I tillegg er det en tendens i rettspraksis at daglig omsorg og fast bosted brukes om hverandre og kan skape forvirring. Jeg synes derfor det kanskje kan være greit å forklare litt nærmere hva som ligger i begrepene.

Skillet mellom begrepene foreldreansvar og daglig omsorg har ikke alltid vært klart. Med "foreldreansvar" menes de plikter og rettigheter som følger av det å være foreldre, se bl.§30.¹¹ En kan si at innholdet i ansvaret er todelt: Det innebærer en plikt til å ha omsorg for barnet, og en rett til å bestemme over det i personlige forhold.¹² Imidlertid faller her plikten til å ta seg av barnets midler og til å representere det rettslig, utenfor foreldreansvaret. Det er det vergen som står for, jf.vgml.§36. Men vanligvis vil foreldrene også være barnets verger.

Det sentrale innholdet i foreldrenes plikt til å gi barna omsorg, er at de skal sørge for barnets tilfredsstillelse av materielle og åndelige behov. Herunder faller kjærighet, trygghet, varme og det nødvendige stell og pleie. Under uttrykket "forsyting" i bl.§30 faller mat, klær, et sted å bo og med uttrykket "forsvarleg oppseding" menes den veiledning i samkvem mellom mennesker et barn som vokser til har behov for.¹³

Med "daglig omsorg" forstås rett og plikt til å ta vare på og sørge for barnet i dagliglivet, og treffe beslutninger i daglige spørsmål som angår barnet.¹⁴ Det vil i utgangspunktet være en sentral del av foreldreansvaret fordi det normalt er foreldrene som utøver den daglige omsorgen. Hvis foreldrene ikke bor sammen med barnet, men har felles foreldreansvar, vil barnet som regel bo fast hos en av foreldrene. Denne vil da også ha den daglige omsorgen for barnet. Begrepene foreldreansvar og daglig omsorg kan altså skilles ad på den måten at en forelder kan ha foreldreansvar, men trenger ikke

¹⁰ Backer 1982, side 205.

¹¹ Gording Stang 1995, side 23.

¹² Smith og Lødrup 1998, side 72.

¹³ Smith og Lødrup 1998, side 77

¹⁴ Gording Stang 1995, side 23

ha daglig omsorg. Men det er et unntak når forelderen har samvær med barnet. Da vil det likevel bli nødvendig å ta vare på og sørge for barnet.

Selv om flere rettsavgjørelser ennå bruker begrepet daglig omsorg, er egentlig begrepet byttet ut med "bo fast hos". Det skjedde i 1997 og grunnen var at en ønsket å markere at den av foreldrene som barnet bor fast hos, skal kunne ta visse beslutninger over barnet på egen hånd. Begge kan ha daglig omsorg selv om barnet bor fast hos den ene.¹⁵

Den bestemmelsesretten foreldrene har over barnet begrenses av barnets med – og selvbestemmelsesrett. Desto større barnet blir, desto mindre blir foreldrenes bestemmelsesrett. Foreldreansvaret opphører når barnet fyller 18 år, men det er ikke sikkert en kan si det samme om den daglige omsorgen. Foreldre flest vil helst føle et ansvar for barna sine selv om de har nådd myndighetsalderen.

1.6 Oppgavens oppbygging

For å få mest mulig forståelse for det temaet som skal behandles i avhandlingen, vil det etter en liten historisk beskrivelse frem til den nå gjeldende barnelov, først komme en nærmere utdyping av hva som er gjeldende rett på området. Herunder vil jeg også gå inn på barnekonvensjonen. Deretter vil jeg gå over til det som er oppgavens hovedtema, praktiseringen og ivaretagelsen av barns medbestemmelsesrett, for så å forsøke å belyse eller gi svar på den problemstillingen som her skal tas opp. Hovedvekten vil ligge på norsk rett og praksis på området, men jeg finner det også både naturlig og interessant å komme inn på regler og praksis etter EMK og EMD. Til slutt følger en avslutning eller en konklusjon på det som er analysert og gjennomarbeidet i oppgavens hoveddel, sammenholdt med gjeldende rett etter lov og forarbeider.

¹⁵ Smith og Lødrup 1998, side 73

2 Et historisk tilbakeblikk

2.1 Barnelovgivningen og barns medbestemmelsesrett

Med vergemålsloven (vgml.) av 22. april 1927 nr.3 fikk vi også den første regelen om medbestemmelsesrett for barn, eller de såkalte "umyndige". De umyndige omfatter både umyndiggjorte og mindreårige, jf. vgml§1. Vgml.§40 første ledd, første punktum lød den gang: *"Har den umyndige fylt 12 år skal hans mening, når dertil er anledning, høres før det tas beslutning i spørsmål som gjelder hans person."* Regelen kom inn etter et lovforslag fra Justiskomiteen som satte det opprinnelige forslaget om en 15 års grense ned til 12 år. Det ble ikke gitt noen nærmere begrunnelse for at akkurat 12 år ble valgt den gangen, men Justiskomiteen uttalte i forbindelse med lovarbeidet til vergemålsloven at: "Komiteen anser det nødvendig at en verge konfererer med den umyndige før han tar bestemmelse om spørsmål vedrørende den umyndiges person...Det bør lovfestes som en absolutt plikt for vergen, hvor den umyndige er over en bestemt alder. Denne alder bør for spørsmål som gjelder den umyndiges person, settes til 12 år og for andre viktige spørsmål til 15 år."¹⁶ Om praksis etter vergemålsloven sa Barnelovutvalget at barnets ønske vanligvis ble tillagt avgjørende vekt i alle fall når barnet var 14 år eller eldre.¹⁷

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor man anså det viktigere at barnet hadde medbestemmelsesrett i økonomiske spørsmål enn ellers, men regelen ble kanskje vedtatt med tanke på den situasjonen barn uten foreldre kunne være i. De hadde da en verge som skulle ta seg av barnets økonomiske interesser, og når det ikke var foreldre til stede som kunne se til at alt ble gjort til beste for barnet, ble det ekstra viktig å ha en regel som kunne beskytte barnet i disse spørsmålene.

Dersom vergen unnlot å følge påbudet i vgml.§40 første ledd, første punktum, medførte det likevel ikke at beslutningen ble ugyldig i forhold til tredjemann. Og det loven påbød var at den umyndige skulle få si sin mening, men ikke at vergen pliktet å handle slik den umyndige ønsket.¹⁸

¹⁶ Innst. O. II (1927), side 5

¹⁷ Sandberg 1990, side 34

¹⁸ Rikheim 1934, side 85-86

Hovedsiktemålet med arbeidet bak den nåværende barnelov, var å få mest mulig felles regler for alle barn, uten hensyn til om foreldrene var gift eller ikke. I tillegg var det et mål å styrke barns selvbestemmelsesrett og medbestemmelsesrett.¹⁹ Hvorfor det var et mål, er litt uklart, men det var i hvert fall et moment at barn da lettere ville utvikle seg til selvstendige mennesker.

Det som var nytt i barneloven av 1981, var at den innførte begrepet foreldreansvar i stedet for foreldremyndighet. Innholdsmessig var foreldreansvaret det samme som før, men det kom inn i loven at ansvaret skal utøves slik at barnet får en økende medbestemmelsesrett etter som det blir eldre.²⁰ Endringen skulle føre til at oppmerksomheten ble festet mer ved foreldrenes plikter, og dermed barnas rettigheter, enn ved foreldrenes rettigheter.²¹ Å bruke ordet ansvar i stedet for myndighet sier også mer om innholdet i begrepet, og er mer positivt ladet i en slik sammenheng enn det ordet myndighet er. Foreldreansvaret skal utøves til barnas beste.

Det var også nytt at vi da fikk inn en regel om medbestemmelsesrett i en barnelov, og vedtakelsen av barneloven fra 1981 gjorde at regelen i vgml.§40 opphørte. Vi fikk en egen regel om barns medbestemmelsesrett i bl.§31, som også satte en 12 års grense. Men hvorfor det skulle gjelde en 12 års grense også her, er det få uttalelser om, men det var i hvert fall den grense som hadde vært praktisert tidligere da regelen i vergemålsloven gjaldt. Barnelovutvalget foreslo opprinnelig en 7 års grense i bl.§31, men som da ble forkastet. Et flertall av de som kommenterte utvalgets lovforslag hadde innvendinger mot forslaget. En av begrunnelsene var at foreldrene lettere kunne "utnytte" eller påvirke barnet hvis grensen ble satt til 7 år. En annen begrunnelse var at spørsmål om barns personlige forhold også ville få betydning for andre familiemedlemmer, og at det ville være uheldig om barn måtte velge mellom foreldrene i en separasjons – eller skilsmisssituasjon. I tillegg var det en innvending, at det kunne bli sett på som et overgrep mot barnet hvis det skulle pålegges ansvar for personlige forhold som det ikke hadde evne til og ikke var modent nok for å bære.²² Etter mitt syn vil i grunnen disse synspunktene gjelde uansett hvilken grense som settes. Barn skal

¹⁹ Ot.prp. nr.62 (1979-1980), side 5

²⁰ Collin-Hansen 1997, side 136

²¹ Ot.prp. nr.62 (1979-1980), side 19-20

²² NOU 1977:35, side 22

ikke tvinges til å uttale seg, og hvis det er til barnas beste at de ikke gjør det, skal de heller ikke bli spurt. Så sant de har en mening om spørsmålet og vil uttale seg, vil barna måtte velge mellom foreldrene uansett hvilken alder de er i når de blir spurt.

Bakgrunnen for Barnelovutvalgets forslag var å legge hovedvekten på at foreldrene skal lytte til barnet når det blir eldre, og ikke på at foreldrene selv skal bestemme. Men utvalget sa også at forslaget til §31, ikke skal forstås slik at foreldrene ikke skal høre barnet før fylte 7 år.²³ Utvalget har da ikke ment å operere med en fast grense på 7 år, men at det beror på en skjønnsmessig vurdering hvorvidt barn under 7 år også skal høres.

Justiskomiteen sluttet seg til Barnelovutvalgets forslag om at barn over 7 år skal høres i personlige spørsmål, og uttalte at det ikke ligger i den foreslåtte bestemmelse "at barnet uten videre kan bestemme selv når det er 7 år. Den innebærer at foreldrenes avgjørelse ikke skal treffes over hodet på barnet, men ikke noen selvbestemmelsesrett." Komiteen var imidlertid i tvil om det var hensiktsmessig å lovfeste en fast aldersgrense på 7 år for når barnet skal få uttale seg. "Det er spørsmål om en ikke kan oppnå det samme med en mer skjønnsmessig regel." Noe som også er litt av bakgrunnen for den utforming regelen har fått i barnekonvensjonen artikkel 12. Komiteen mente at en generelt formulert regel i barneloven kanskje ville få større holdningsskapende virkning i positiv retning når den ikke ble knyttet til en bestemt aldersgrense. Barnets rett til å bli hørt skal knyttes til utvikling og modning. Slik mente også komiteen at regelen vil fange opp de tilfeller der det er naturlig at helt små barn får si sin mening. Men "det normale utgangspunkt bør imidlertid etter komiteens mening være at barnet blir hørt fra det er i skolepliktig alder."²⁴

Komiteen sa at det kan oppstå problemer med å spørre mindre barn hvor det helst vil bo, og at en her bør være litt forsiktig. Men den mente samtidig at når barnet er 12 år, har det alltid rett til å bli hørt. Meningen skal da tillegges stor vekt. Slik har praksis også vært tidligere, da i regi av vgml.§40.²⁵

²³ NOU 1977:35, side 48 og 123

²⁴ Innst. O. nr.30 (1980-81), side 8-9

²⁵ NOU 1977:35, side 9

Komiteen mente det var prinsipielt riktig når vgml.§40 første ledd, første punktum skulle oppheves, å markere at barn uten hensyn til modenhetsgrad skal høres før det tas avgjørelser om personlige forhold når det er blitt 12 år.²⁶

Men barnets syn kan ikke være utslagsgivende i alle tilfeller. Av betydning er barnets alder og modenhet, hva slags spørsmål det gjelder, om barnet forstår rekkevidden av spørsmålet og hvor fast det er i sin oppfatning og bakgrunnen for det synet det har.²⁷

Frem til nydannelsen av barneloven fra 1981, har det generelt sett vært svært få uttalelser om barnets medbestemmelsesrett i barnerettslige forarbeider. Det har i grunnen vært et mer eller mindre "gjemt" område, og ikke vært særlig i fokus. Men i historisk perspektiv har det likevel vært en klar utvikling av å styrke barns rettsstilling.

3 Gjeldende rett

3.1 Barneloven §31

3.1.1 Innledning

1. april 2004 trådte de vedtatte endringer i barneloven i kraft. Endringene er i stor grad av prosessuell art, det vil si regler knyttet til saksbehandlingen, men det er også en vesentlig endring i bl.§31 når den ubetingede grense for barns rett til å uttale seg er satt ned fra 12 til 7 år. Da rettspraksis i mitt materiale er fra før endringen trådte i kraft, anser jeg det også naturlig å si litt om den opprinnelige regelen i bl.§31.

3.1.2 12 års regelen

Rett for barnet til å vere med på avgjerd.

Etter kvart som barnet utviklast og mognast, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

²⁶ Innst. O.nr.30 (1980-81), side 9

²⁷ NOU 1977:35, side 124

Når barnet er fylt 12 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, herunder i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Det skal leggjast stor vekt på kva barnet meiner.

3.1.2.1 Innholdet i bestemmelsen

Det er i bl.§31 vi finner den sentrale regelen om barns medbestemmelsesrett, eller barns "rett til å være med på avgjerd", som det står i paragrafens overskrift.

Bestemmelsen knytter seg til foreldrenes rett og plikt til å treffe avgjørelser for barnet i personlige forhold, jf.bl.§30. Barnets medbestemmelsesrett er formet som en plikt for foreldrene til å høre hva barnet har å si før avgjørelsen treffes,²⁸ jf. ordet "skal" i bl.§31. Det at det er en plikt vil si at foreldrene må la barnet få si sin mening, de kan altså ikke selv bestemme om barnet skal høres eller ikke.

Hvilke typer avgjørelser det her er snakk om og som gjelder barnets personlige forhold, vil eksempelvis være hvor barnet skal bo, valg av klær, fritidsaktiviteter, venner, hva barnet skal spise, når det skal legge seg, om barnet får lov til å overnatte hos andre, hvor mye det skal gis i lommepenger og hvilke filmer som kan ses. Det er snakk om små og store avgjørelser som må tas i forskjellige situasjoner mellom barn og foreldre. For andre større beslutninger som for eksempel medisinske spørsmål, utdanning, medlemskap i foreninger og religion, gjelder egne bestemmelser (se punkt 1.5.1). Men de berører like fullt barnets personlige forholdt som nevnt ovenfor. Spørsmål av økonomisk karakter er imidlertid utelatt. Her er det vergen som treffer beslutninger på vegne av barnet, jf. vgml.§38. Imidlertid er det også som regel foreldrene som er verge for barnet.

Første ledd i bl.§31 inneholder den alminnelige regelen om barnets medbestemmelsesrett. Det er to elementer i regelen, dels en aktiv plikt til å innhente barnets mening og dels at barnets syn skal tillegges vekt ved avgjørelsen.²⁹ Når det gjelderplikten til å høre barn under 12 år, må det vurderes opp mot barnets alder og modenhet, samt det spørsmålet saken dreier seg om.³⁰ Det er ikke alle saker barn har like store forutsetninger for å mene noe om. For eksempel kan en seksåring ha en formening om han eller hun vil ha en blå eller en rosa skolesekk, men det er ikke sikkert

²⁸ Karnov, norsk lovkommentar 2002, note 53 til §31

²⁹ Backer 1982, side 194

³⁰ Karnov, norsk lovkommentar 2002, note 53 til §31

barnet kan si hvem av mor og far hun eller han helst vil bo hos. Og selv om barnet vet hvem det vil bo hos, er det likevel ikke sikkert den personen er best egnet som omsorgsperson. Barn kan ikke alltid vite hva som er sitt eget beste. Det er altså i ingen bestemt alder medbestemmelsesretten inntreffer, men i praksis må barnet selvsagt kunne snakke og forstå hva saken gjelder. Et lite barn må likevel i en viss utstrekning få bestemme om det for eksempel skal spise eller hva det skal spise.

Det må presiseres at barnet ikke har noen plikt til å uttale seg, men det har en rett. Det vil derfor være viktig å gjøre barnet oppmerksomt på at det har muligheten til å si hva det mener. Her kan for eksempel også forholdet til barnets beste komme inn. Det kan tenkes at det i noen tilfeller ikke er til barnets beste at det uttaler seg. Hvis barnet føler det må "velge side" og kommer til å såre en av foreldrene ved å uttale seg, kan det være i barnets interesse å ikke si noe. Og selvfølgelig motsatt. Hvis barnet har en klar mening og virkelig forstår hva saken dreier seg om, vil det også være til det beste at det får uttale seg forutsatt at det ikke vil oppstå konflikter med foreldrene som får følger for barnet.

I tillegg til at barnet har en rett til å si sin mening, er det fastslått i første ledd annet punktum, at det også skal legges vekt på den meningen barnet har. Det betyr ikke at barnets mening er avgjørende, andre hensyn kan veie tyngre, for eksempel hensynet til status quo og størst mulig foreldrekontakt, men det skal være et moment i vurderingen. Å avgjøre en barnefordelingssak er vanskelig og det må foretas en helhetsvurdering for å finne ut hva som alt i alt er til barnets beste. Og selv om det skal legges vekt på hva barnet mener i disse sakene, er det likevel ikke sikkert at den meningen barnet har er til dets beste. Barnet kan for eksempel ikke helt ha sett konsekvensene av det standpunktet det har. Og hvis det da er snakk om negative konsekvenser, for eksempel at søsken blir splittet, at forelderen er mye borte og ikke er noen god omsorgsperson, vil det ikke bli lagt så stor vekt på det ønsket barnet måtte ha. Hvis foreldrene er enige om at barna uansett skal få vokse opp sammen, men barna har forskjellig syn på hvor de vil bo fast, er det umulig å oppfylle hvert barn sitt ønske.

Hvor stor vekt det skal legges på barnets syn, beror på omstendighetene og foreldrenes skjønn.³¹ Barnet må forstå hva spørsmålet gjelder og ha en holdbar grunn for sin bestemte mening. I en barnefordelingssak vil det ikke bli lagt så stor vekt på

³¹ NOU 1977:35, side 124

barnets mening hvis den for eksempel er begrunnet i et "far er snillest fordi han aldri sier nei" - synspunkt. Det er viktig at barnet forstår betydningen av det synspunktet det måtte ha, og at barnet for eksempel ikke sier at det vil bo hos far fordi det er synd på ham, eller at det vil bo hos mor fordi hun kjøper mye godteri. Barnet skal ikke bare trives hjemme, men også i miljøet rundt med skole og venner.

I bl.§31 annet ledd er det fastsatt en 12-års "grense" for når barnet skal få si sin mening. Her skal barnet bli hørt fra det er fylt 12 år, uten noen nærmere vurdering av barnets alder og modenhet samt hva beslutningen gjelder.³²

Smith og Lødrup skriver på s.86 i "Barn og foreldre", 1998, at "forholdet mellom første og annet ledd i bl.§31 synes ikke helt klart". Jeg tolker bestemmelsen slik at første ledd er en mer generell bestemmelse for når barnet skal høres, og at annet ledd er en slags tilføyelse av første ledd. Etter min mening er både første og annet ledd en skal regel, men mens det etter annet ledd er en fastsatt grense for når plikten inntreffer, blir det i første ledd en vurderingssak. I tillegg er det forskjell på den vekten som skal tillegges barnets utsagn ettersom det blir hørt i medhold av første ledd eller av annet ledd. Er barnet under 12 år skal meningen tillegges "vekt", mens den skal tillegges "stor vekt" hvis barnet er fylt 12 år. Barnets utsagn får altså større betydning for avgjørelsen hvis barnet er 12 år og eldre.

Bestemmelsen nevner uttrykkelig saker som gjelder spørsmål om hvor barnet skal bo. Det er imidlertid ingen tvil om at bestemmelsen også gjelder i saker vedrørende foreldreansvar og saker om samværsrett, enten saken er begrenset til disse spørsmålene alene, eller de behandles i tilknytning til de øvrige.³³

Regelen i bl.§31 er ikke bare en materiell regel som gir barnet en rett, men også en prosessuell regel. Hvis barnet ikke får anledning til å uttale seg i saker om barnefordeling, er det en saksbehandlingsfeil. Og hvis feilen kan ha hatt innvirkning på avgjørelsens innhold, vil det lett kunne føre til en opphevelse av avgjørelsen.³⁴

Første og annet ledd i bl.§31 gjelder ikke bare avgjørelser foreldrene skal ta, men omfatter også alle andre som har med barnet å gjøre. Herunder faller for eksempel både offentlige myndigheter (for eksempel barnevern og sykehus), skole, fosterhjem og

³² Backer 1982, side 197

³³ Rønneberg og Poulsson 2000, side 180

³⁴ Smith og Lødrup 1998 s.86

barnehjem inn. Hvis barnevernet skal ta over omsorgen for barnet, eller det skal plasseres i fosterhjem eller på barnehjem, hvis det skal gå en klasse om igjen fordi det har lærevansker eller må legges inn på sykehuset, angår alle slike beslutninger barnets personlige forhold. Barnevernloven har en egen og tilsvarende regel som bl.§31 i §6-3.

Svensk og dansk rett har også regler om barns medbestemmelsesrett. I lov nr. 387 af 14.juni 1995 om forældremyndighed og samvær §29, opererer dansk rett med en regel som er tilsvarende lik den norske. Her finner vi en mer generell regel som i bl.§31 første ledd, og en 12 års grense som i annet ledd. Den eneste forskjellen er at den danske medbestemmelsesretten er begrenset til spørsmål om foreldreansvar og samvær. I motsetning til norsk og dansk rett, opererer svensk rett med en mer skjønnsmessig bestemmelse i likhet med barnekonvensjonen. Det skal tas hensyn til barnets "vilja" i samsvar med barnets alder og modenhet, jfr. 6 kap 2b § FB (Föräldrabalk 1949:382) Svensk rett, og barnekonvensjonen, inneholder altså ikke noen 12 års grense for når barnet skal bli hørt.³⁵

3.1.3 7 års regelen

§31. Rett for barnet til å være med på avgjerd

Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.

3.1.3.1 Bakgrunn og hensyn

En hovedgrunn til at bl.§31 er blitt endret, er den betydningen barnekonvensjonen har fått i norsk rett. Bestemmelsen om barnets medbestemmelsesrett, inneholdt en skjønnsmessig formulering, som Barne - og familiedepartementet ville endre slik at den ble mer i tråd med barnekonvensjonens ordlyd. Departementet uttaler at en "ubetinget rett for barnet til å uttale seg fra 7-års

³⁵ Se vedlegg punkt 9.

alderen, vil være et effektivt virkemiddel for å sikre at barn fra denne alderen blir hørt. I praksis vil dette føre til at flere barn enn i dag får komme til orde."³⁶

Hvorfor det igjen settes en grense er det ingen uttalelser om, og barnekonvensjonen opererer heller ikke, som nevnt under punkt 3.1.2.1, med noen uttrykt aldersgrense. Departementet uttaler også at det kan være en ulempe "at det kan virke noe vilkårlig hvilken aldersgrense som velges da det fins lite forskningsbasert materiale som kan gi veiledning". Men en grunn til at det blir fastsatt en grense er at departementet mener det vil kunne "forhindre usikkerhet om forståelsen av bestemmelsen og derav følgende ulik praktisering av denne." Departementet er, på bakgrunn av dagens regel, imidlertid også klar over at en fast grense kan føre til for stor fokus på barn over grensen slik at rettighetene til mindre barn blir skadelidende.

En viktig grunn til endringene i barneloven, er også betydningen av rettssikkerheten³⁷ i de fremtidsrettede, skjønnsmessige avgjørelsene som angår barn. Og rettssikkerheten i barnefordelingssaker skal ivaretas ved at sakene blir godt nok opplyste og at barnets beste er i fokus.³⁸ Hvis flere barn blir hørt vil det føre til at sakene blir bedre opplyst, noe som igjen kan føre til at rettssikkerheten bedre blir ivaretatt. Etter mitt syn vil det være større mulighet for å ivareta rettssikkerheten hvis flere og yngre barn får uttale seg. Det er sjelden det er noen god løsning å bestemme at barn skal bo hos en forelder eller ha samvær med en forelder mot barnets egen vilje.

3.1.3.2 Endringen i praksis

Barne – og familiedepartementet mener at endringen av bl.§31 først og fremst vil føre til at flere barn vil bli hørt i barnefordelingssakene, og at lovendringen vil være et effektivt virkemiddel for å sikre at også mindre barn gis anledning til å gi uttrykk for sine synspunkter.³⁹ Jeg tror endringen også er ment som et signal til domstolene om at praksis skal presses. Og slik bl.§31 har vært praktisert, og som vil bli kommentert under punkt 4.2.3, med forholdsvis stor fokus på 12 års "grensen", tror jeg målet vil bli oppnådd.

³⁶ Innst. O. nr.96 (2002-2003), side12.

³⁷ Rettssikkerhet er en samlebetegnelse for en rekke krav som stilles til forvaltningen og rettsvesenet for at saker skal behandles på en mest mulig betryggende måte og gi et mest mulig rettferdig resultat.

³⁸ Ot.prp. nr.29 (2002-2003), side 7 og 61

³⁹ Ot.prp. nr.29 (2002-2003), side 8.

Et flertall i familie-, kultur - og administrasjonskomiteen, mener det vil være en saksbehandlingsfeil ikke å la barn ned til 7 års alderen bli hørt med mindre det foreligger særlige grunner. Komiteen viser til at barnets evne til å gjøre greie for sine oppfatninger og ønsker, samt i hvilken grad barnet blir påvirket, er avhengig av modenhet og utvikling. I noen tilfeller vil sakens kompleksitet og konflikt kunne påvirke i hvilken grad barnet har noen mulighet og noe ønske om å ha og/eller gi uttrykk for sine oppfatninger og ønsker. Da barn kan være lett påvirkelige, må det ikke være slik at man for yngre barn skal presse dem til å gi uttrykk for sine oppfatninger og ønsker.

Det vil nå som før være slik at barn bør få muligheten til å uttale seg i barnefordelingssaker, men ingen barn skal ha noen plikt til å uttale seg. Komiteen understreker at domstolen alltid skal vurdere barnets eventuelle uttalelse i forhold til barnets alder og modenhet, og at barnets uttalelse også i fremtiden skal tillegges stor, men ikke nødvendigvis avgjørende, vekt. Det er behov for å skjerme små barn fra å komme i en lojalitetskonflikt mellom mor og far i barnefordelingssaker, og det vil derfor være nødvendig å ikke presse dem til å måtte velge.⁴⁰

I en kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg avsagt 12. september 2003 (HR-2003-01101-1), blir de nye reglene tatt i betraktning allerede før de har trådt i kraft.. Hovedsaken gjelder daglig omsorg for en gutt på 11 år, men spørsmålet som er oppe for kjæremålsutvalget er om det skal oppnevnes en sakkyndig. Utvalget uttaler angående ankeforhandlingen for lagmannsretten at "hans eget syn på hvem som skal ha den daglige omsorgen vil måtte få betydning ved lagmannsrettens vurdering – noe som bestyrkes av at fra 1.april 2004 vil barneloven bli endret slik at barn over syv år skal ha uttalerett i saker av denne karakter, jf. lov av 20.juni 2003 nr.40". Men kjennelsen sier ikke bare noe om endringen, men også om det som er gjeldende rett da saken pågår. Barnet er 11 år og bør også bli hørt etter den dagjeldende regelen i bl.§31. Utvalget trenger derfor egentlig ikke, etter min mening, bare underbygge argumentet sitt med de nye reglene, men kan like gjerne vise til regelens opprinnelige utforming. Men kjennelsen sier også noe om hvordan regelen i bl.§31 har vært praktisert, og som jeg også kommer tilbake til senere, at 12 år blir sett på som en minimumsgrense for å bli

⁴⁰ Innst. O. nr.96 (2002-2003), side 22.

hørt. Og av den grunn viser også kjennelsen kanskje at det var både viktig og nødvendig at vi fikk lovendringen.

3.2 Barnekonvensjonen

8.januar 1991 ratifiserte Norge FNs barnekonvensjon av 20. november 1989 med protokoller. Fra den gang av har vi vært folkerettslig forpliktet til å sørge for at våre rettsregler oppfyller konvensjonens krav. Ved lov av 1.august 2003 nr.86, ble konvensjonen inkorporert i norsk lov, og gjelder som norsk rett.

Barns spesielle behov er ikke fullt ut tatt vare på i de alminnelige menneskerettighetskonvensjonene. FNs konvensjon om barns rettigheter er derfor det dominerende internasjonale dokumentet som beskytter barnets rettigheter. Konvensjonen sørger for å verne barnets beste gjennom å sikre barnet grunnleggende rettigheter, og beskytter det mot overgrep og utnyttning. Tanken bak konvensjonen var å fullstendiggjøre de andre konvensjonene om menneskerettighetene i forhold til barn. Det var et mål å få et dokument som rettet oppmerksomheten særskilt mot barnets situasjon.⁴¹ Konvensjonen gjelder for alle personer under 18 år, jf. artikkel 1.

Barnekonvensjonen artikkel 12 lyder slik:

- 1)Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
- 2)For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

Barnekonvensjonen artikkel 12, som gir uttrykk for et generelt prinsipp om at barn har en rett til å uttale seg i saker som angår dem selv, er konvensjonens "svar" på regelen om barns medbestemmelsesrett. Gjeldende ordlyd i bl.§31 antas å være i samsvar med denne artikkelen.

I motsetning til norsk rett, knytter ikke artikkel 12 rettighetene til noen bestemt alder. Første ledd i bl.§31 er, innholdsmessig og slik den er utformet, mer i tråd med barnekonvensjonens ordlyd. Mens annet ledd kan sies å være en slags nasjonal regel.

⁴¹ Mattsson 2002, side 123

Konvensjonens artikkel 12 nr.1 gir barn rett til å si sin mening. Men denne retten kan samtidig sies å inneholde en liten begrensning. For at barn skal få gi uttrykk for sitt syn, må de være såpass modne, at de selv kan danne seg sine egne meninger. Det kan kanskje også tolkes slik at barn må forstå det de uttaler seg om. Denne retten skal gjelde i "alle forhold som angår barnet", mens det i norsk rett er begrenset til "personlege tilhøve".

Artikkelens nr.1 sier også noe om den vekten som skal tillegges det synspunktet barnet har. I artikkelen er dette uttrykt som "behørig", men den vekten som skal tillegges må ses i sammenheng med barnets alder og modenhet. Det vil si at desto eldre og mer modent barnet er, desto større vekt får utsagnet. Selv om det uttrykkes på en annen måte her enn i bl.§31, er regelen i grunnen den samme.

Barnets rett til å uttale seg gir "partene", det vil si konvensjonsstatene, en plikt til å sørge for at barnet høres i praksis og at retten kommer til uttrykk.

Nr.2 i artikkelen understreker viktigheten av at barnet blir hørt. Det skal spesielt gjelde hvis det er snakk om en tvist som angår barnet, og som har kommet opp for en eller annen rettslig eller administrativ behandling. Typisk her vil være at tvisten er kommet for retten eller er til avgjørelse hos fylkesmannen (forvaltningssaker). Retten til å bli hørt skal få særlig betydning her.

Hvordan barnet skal høres eller hvem som skal høre det, sier konvensjonen i likhet med barneloven, ikke noe om. Det henvises bare til at barnets mening på en eller annen måte skal bli kjent. Men en pekepinn gir konvensjonsteksten likevel da det sies at barnet skal få anledning til å bli hørt, enten direkte eller gjennom en representant. Det første er en hentydning til retten, at barnet høres framfor en rett eller en dommer. Det andre vil i norsk rett typisk være at barnet blir hørt gjennom en sakkyndig.

Konvensjonen er generelt formulert på den måten at den skal gjelde for mange forskjellige land, og det indikerer også det siste som sies i artikkel 12 nr.2: Barnet skal bli hørt i samsvar med de saksbehandlingsreglene som gjelder i hvert enkelt land. Det er opp til statene å presisere og konkretisere bestemmelsen på de forskjellige saksområder.

Selv om barnet har en rett til å bli hørt, er det etter konvensjonen, som i norsk rett, slik at barnet ikke skal presses til å ha noen mening, men gjøres oppmerksom på at det har rett til å uttale seg.⁴²

⁴² Mattsson 2002, side 129

3.3 Hvordan skal barnet høres?

I barne – og familiesaker er det oftest barnet som står i fokus. Til tross for det er barnet ikke part, og det innkalles vanligvis ikke som vitne. Det inntrykk og bilde dommeren får av barnet er hovedsakelig basert på andres, for eksempel foreldrenes eller sakkyndiges, opplysninger. Reglene i bl.§31 bidrar til å sikre barnet innflytelse på sin egen situasjon.

Selv om retten til å bli hørt er lovfestet i bl.§31, inneholder barneloven, som sagt under forrige punkt, ingen regler om fremgangsmåten ved samtale med barnet. Men dommeren må likevel enkelte ganger ha en samtale med barnet, og det er det opp til retten å bestemme.

Har barnet fylt 7 år har det rett til å bli hørt, og det innebærer en plikt for dommeren til å høre barnet. Men når barnets mening skal høres i en barnefordelingssak, trenger det ikke skje direkte for retten. Dommeren må da sørge for å skaffe seg kunnskap om barnets mening på andre måter, og normalt vil det skje via en sakkyndig som da er oppnevnt i anledning saken. Det er dommeren selv, som avgjør om barnet skal høres på den ene eller den andre måten.⁴³ Generelt må en kunne anta at det oppnevnes sakkyndig i noe over halvparten av de sakene som kommer til hovedforhandling.⁴⁴

Det er opp til dommeren selv å beslutte hvor og hvorledes samtalen bør gjennomføres. Som hovedregel foregår samtalen på dommerens kontor, uten andre til stede enn denne og barnet selv. Det er også på denne måten barnet ofte blir hørt.

I noen saker, spesielt de særlig kompliserte, oppnevner domstolen sakkyndig på et tidlig stadium. Det er da naturlig å overlate til denne å gjøre seg kjent med barnets syn og på den måten som den sakkyndige finner best. Det kan være aktuelt å oppnevne en sakkyndig med et mandat begrenset til utelukkende å innhente barnets uttalelse.

I barnefordelingssakene settes retten med tre juridiske fagdommere under ankebehandlingen i lagmannsretten. Det beror på en konkret vurdering hvordan barnet best kan høres, og det er ingenting i veien for at bare en av dommerne snakker med barnet og formidler uttalelsen til foreldrene og eventuelle sakkyndige.⁴⁵

⁴³ Backer 1982, side 175

⁴⁴ Koch 2000, side 50

⁴⁵ Rønneberg og Poulsson 2000, side 190-195

4 En gjennomgang av rettspraksis på området

4.1 Barnefordelingssakene

Med barnefordelingssaker forstås tvister mellom foreldrene om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær. Midlertidige avgjørelser omfattes også av begrepet.⁴⁶ Vi har ikke tilgjengelig statistikk over antall barnefordelingssaker som behandles av retten hvert år. Alle familiesaker registreres under ett, og dermed vet vi ikke hvor mange av disse sakene som dreier seg om barnefordeling. Vi har heller ikke statistikk over antall saker som har blitt behandlet hos fylkesmennene. Fylkesmannens behandling av barnefordelingssaker opphørte ved endringsloven av 20.juni 2003 nr.40.

4.1.1 Saksbehandlingen

Barnefordelingssakene er såkalt "delvis indispositive". Det betyr at ikke alle, men bare noen sider ved det kravet eller det rettsforholdet saken gjelder, er unndratt partenes frie rådighet. Retten er, i barnefordelingssakene, ikke bundet av partenes påstander eller anførsler. I tillegg har også retten selv ansvar for sakens opplysning.⁴⁷

Foreldrene kan ved en separasjons – eller skillsmissesituasjon, inkludert brudd på samboerskap, selvfølgelig selv gjøre avtale om både foreldreansvar, bl.§§34 annet ledd og 35 annet ledd, fast bosted, bl.§36 første ledd og samvær, bl.§43 første ledd. At foreldrene kommer til enighet i stedet for å gå rettens vei, er som regel det aller beste for barnet. Men hvis foreldrene ikke blir enige, må de først møte til mekling og få meklingsattest før saken eventuelt kan bringes inn for retten, jf. bl.§§51 og 56.

En dom i en barnefordelingssak vil ikke ha samme rettskraftvirkning som ellers fordi det er adgang til å reise ny sak etter bl.§64. Foreldrene kan, hvis de er enige, gjøre om en avtale eller en avgjørelse om foreldreansvaret og det faste bosted. Hvis de ikke blir enige, kan de reise sak for retten, jf.bl.§64 andre ledd. Men for å endre en tidligere avgjørelse av en domstol, kreves "*særlege grunnar*", jfr. bl.§64 annet ledd. Det er helst endring i faktiske forhold som faller inn under begrepet. Flytting og endret omsorgsevne hos foreldrene, kan være eksempler på særlige grunner.

⁴⁶ Dalseide 2002, side 191

⁴⁷ Skoghøy 2001, side 454-455

En barnefordelingssak kan, hvis den skal gjennom alle rettsinstansene, ta lang tid. Fra saken kommer inn for tingretten og til dom er avsagt i Høyesterett, kan det faktisk gå flere år. En slik rettsprosess vil gå mest ut over barnet, som i verste fall har måttet flytte flere ganger i løpet av den tid saken har tatt. Det er ikke tvil om at barnet i slike saker påføres store påkjenninger, som også kan sette sine spor for resten av livet.

4.2 Avgjørelser om fast bosted, foreldreansvar og samvær

4.2.1 Introduksjon

Etter å ha sortert ut de dommene som ikke var barnefordelingssaker og dermed ikke passet inn i mitt materiale, ble det i alt atten dommer igjen til analyse, tolking og vurdering. Sakene gjelder tvist om hvem barna skal bo fast hos, samvær og omfanget av det, foreldreansvar, endring av tidligere avgjørelser, midlertidige avgjørelser og begjæring om tvangsmulkt i forbindelse med samvær. Hele fjorten avgjørelser omhandler spørsmål om fast bosted, ni avgjørelser omhandler spørsmål om samværsrett og tre avgjørelser omhandler spørsmål om foreldreansvar. Herunder er tre av avgjørelsene midlertidige, en er en endringsavgjørelse og en gjelder spørsmål om tvangsmulkt. I alt trettien barn i alderen 5 til 18 år er involvert i avgjørelsene. Av disse er seksten under 12 år og fjorten fra 12 år og oppover, inkludert to barn som nesten er fylt 12 år. De fleste barna har, etter samlivsbruddet, bodd hos sin mor. Etter avgjørelse i tingretten er forholdet nærmest utjevnet, mens det etter avgjørelse i lagmannsretten er mor, litt oftere enn far, som får barna boende fast hos seg. I og med at saken ender i retten, er det selvsagt klart at det er et visst konfliktnivå mellom foreldrene, men av det som er opplyst i sakene, er det i svært få av dem at nivået virker å være nevneverdig høyt.

Ved bearbeidelsen av avgjørelsene, syntes jeg det var best å lage problemstillinger slik at jeg kunne gruppere de forskjellige spørsmålene som kunne stilles fra saksmaterialet. Jeg grupperer barna ettersom de faller inn under problemstillingene eller ikke. Men enkelte ganger var det litt vanskelig å "plassere" gruppene av barn riktig fordi faktum i saken er litt uklart. Noen barn er ikke spurt av retten, men har hatt samtale med psykolog eller barneverntjenesten. Noen barn er ikke spurt direkte av retten, men det er lagt vekt på den meningen som kommer frem, og i enkelte avgjørelser er det ikke uttalt noen ting om verken det ene eller det andre.

Grupperingene er dermed foretatt etter eget skjønn, og i tillegg er det nærmere forklaringer i parenteser og i teksten. Funnene vil bli presentert først med nærmere kommentarer og vurderinger til det hele etterpå.

4.2.2 Avgjørelsenes innhold og funnene

4.2.2.1 Blir barnet hørt?

Av de trettien barn avgjørelsene omfatter, blir atten hørt. Av disse atten er syv under 12 år. I gruppen barn som er hørt er det tatt med en 16-åring som ikke er spurt i lagmannsretten, men i tingretten (lagmannsretten bruker tingrettens dokumenter), en 12 åring som det ikke er nødvendig å spørre da hans atferd, nekting av samvær, klart viser guttens synspunkt, en 13 åring der saken blir vist tilbake til tingretten nettopp av den grunn at gutten ikke er blitt hørt, tre barn på 10, 11 og 13 år som retten selv ikke vil høre, men der meningen går frem av en psykolograpport, og en 9 åring, som ikke blir spurt direkte på grunn av den lave alderen, men får anledning til *"eventuelt å snakke om det"*.⁴⁸ Av de resterende tretten, som da ikke er hørt, er det tre, inkludert en som nesten er fylt 12 år, som er 12 år og eldre. Av de tretten er det også åtte barn som er i alderen 7 til 12 år, det vil si ikke fylt 12 år.

4.2.2.2 Hvem hører barnet?

Materialet her blir den samme gruppe barn som er omtalt under punktet ovenfor. Innholdsmessig gjelder dette elleve av de atten avgjørelsene. I tre avgjørelser blir det foretatt dommersamtale, inkludert en avgjørelse der barnet har *"gitt uttrykk overfor domstolene"*. I fire avgjørelser blir det brukt sakkyndige og i en avgjørelse er det foretatt samtale med dommeren i tingretten. I de resterende tre avgjørelsene er det litt uklart hvordan barnas synspunkter egentlig kommer fram da det bare står at barna har *"gitt uttrykk"*. Det ser ut til å være en tendens i avgjørelsene at barna som er under 12 år blir hørt av sakkyndig, mens barna som er over 12 år blir hørt av dommeren.

Bl.§31 sier at sakkyndig skal brukes *"der det trengst"*, og selv om en oppnevning av sakkyndig fort kan forhale en barnefordelingssak, er det ganske vanlig at de blir benyttet.

⁴⁸ Agder lagmannsrett 2003-01-02

4.2.2.3 Blir avgjørelsene begrunnet?

Avgjørelsene i mitt materiale inneholder litt varierende kvalitet når det gjelder å begrunne hvorfor barna blir hørt eller ikke. I nærmere halvparten (her er også tatt med de sakene vi har med flere barn å gjøre, og hvor det kan være begrunnet for noen av dem) av avgjørelsene, er det lite begrunnet hvorfor barna i sakene blir hørt eller ikke. Imidlertid gjelder flere av sakene barn i alderen 5-7 år, slik at rettene på grunn av barnas forholdsvis lave alder, kanskje anser det som unødvendig (?) å gi noe begrunnelse.

Tre avgjørelser er i denne forbindelse kanskje av spesiell interesse. Den første avgjørelsen er fra Eidsivating lagmannsrett 2003-02-06, og gjelder kjæremål over midlertidig avgjørelse ved krav om å høre et barn på nesten 12 år. Her er det riktignok begrunnet hvorfor barnet ikke blir hørt, men det er begrunnelsen i seg selv som kanskje kan være verdt å ta med: *"Barnet har ennå ikke fylt 12 år og har altså ikke nådd den alder loven angir som forutsetning for at barnet skal høres, jf.barneloven §31(2)."* Avgjørelsen viser altså til at grensen i bl.§31 annet ledd er absolutt. Men i en annen avgjørelse avsagt av Hålogaland lagmannsrett 2003-10-13, som omhandler spørsmål om fast bosted og samvær også for et barn på nesten 12 år, legger retten till grunn at regelen i bl.§31 annet ledd også må gjelde *"selv om det er noen måneder til gutten fyller 12 år"*. De to avgjørelsene viser klart at det er forskjellig oppfatning om hvor strengt 12-års regelen i annet ledd skal tolkes.

I en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett 2003-02-10, som gjelder fast bosted for tre barn på 7,9 og 14 år, blir bl§31 og dens innhold ikke nevnt i det hele tatt. Til og med 14-åringen blir altså ikke hørt, eller i det hele tatt vurdert hørt. Lagmannsretten har her ingen uttalelser angående barns medbestemmelsesrett.

4.2.2.4 Hvorfor blir barnet hørt og hvorfor blir det ikke hørt?

I mange av avgjørelsene er det uklart hvorfor barna blir hørt eller ikke. Det skyldes at dette ikke begrunnes. Men i de tilfellene barn under 12 år ikke blir hørt, kan det sies at det mest sannsynlig skyldes barnas alder. Det er her snakk om seks barn i alderen 5 til 7 år, og det mest naturlige vil da være å tro at retten finner dem å være for unge til at bl.§31 kan komme til anvendelse fordi det er en 12 års grense i bestemmelsens annet ledd. Av de resterende som ikke blir hørt, uttales det i to avgjørelser at barna ikke har noen *"preferanse"* eller holdepunkter for hvor de vil bo. En sak blir anket blant annet fordi sønnen på 12 år ikke er blitt hørt, men inneholder et for

høyt konfliktnivå mellom foreldrene samt fare for lojalitetskonflikter til at ankegrunnen kan få gjennomslag⁴⁹. To avgjørelser har ingen opplysninger om hvorfor barna ikke blir hørt og i den siste, og kanskje mest interessante, uttaler retten at barnet, som nesten er fylt 12 år, ikke har "*nådd den alder loven angir som forutsetning for at dets mening skal høres, jf. barneloven §31(2)*". Bl.§31 blir her tolket innskrenkende. Avgjørelsen er fra Eidsivating lagmannsrett 2003-02-06, og er nærmere omtalt og kommentert under punkt 4.2.2.3.

Det er ti barn i alderen 12 til 18 år som blir spurt. Noen steder står det bare "*har gitt uttrykk*", men noe mer utover det står det egentlig ingenting om. Noen av disse avgjørelsene referer til bl.§31 annet ledd, og det antas at det er denne regelen som ligger i bunnen for at de alle blir hørt. I en avgjørelse avsagt av Gulating Lagmannsrett 2003-09-05, blir en 9-åring og en 11-åring hørt på det grunnlag at retten finner det "*nødvendig*". Men hvorfor det er nødvendig sier retten ingenting om. I tillegg blir det henvist til bl.§31 første ledd og til barnekonvensjonen artikkel 12. Denne saken vil også bli omtalt og kommentert nærmere under punkt 4.2.2.7 og 4.2.2.8.

Både av lov og forarbeider fremgår det at barnets mening ikke skal tillegges avgjørende vekt i avgjørelsene, men at også andre momenter kan komme inn i vurderingen. Ved en gjennomgang av lagmannsrettenes avgjørelser, er det flere momenter som går igjen og som i en helhetsvurdering veier tyngre enn det synspunkt barna måtte ha.

I de sakene som går i favør av barnets mening, er det tre av dem som konkluderer med at meningen blir tillagt vekt fordi den er uttrykk for et "*klart og sterkt*" ønske. Herunder er det også sagt at ønsket blir ansett for å være klart og sterkt fordi barna konsekvent har uttrykt det samme, og at ønsket ikke er gjenstand for noen påvirkning utenfra – "*det er ikke grunnlag for å si at c er under en uheldig kontroll av faren.*"⁵⁰ På den motsatte side, avgjørelsene som går på tvers av barnets uttalte mening, er det i tre avgjørelser av avgjørende betydning at ønskene ikke er godt nok begrunnet. Her er begrunnelsen igjen at ønsket ikke er klart og sterkt nok (barnet har endret mening flere ganger), men også at standpunktet er "*lite reflektert*" og at det ikke er truffet på

⁴⁹ Borgarting lagmannsrett 2003-11-19

⁵⁰ Borgarting lagmannsrett 2003-09-19

grunnlag av forelderen som en god omsorgsperson, men en "forventning" om å omgås venner.⁵¹

Foreldrenes felles ønske om at barna skal vokse opp sammen, har stor betydning i to avgjørelser som går i favør av barnets mening, og i en avgjørelse som går i motsatt retning. Retten uttaler at hvis det er snakk om flere barn med forskjellige syn, er det umulig å oppfylle alles individuelle ønsker. I tillegg kan et barns synspunkt være av avgjørende betydning også for de andre barna som enten ikke får uttale seg, eller som ikke vil "velge side". Det gjelder både der det er et felles ønske om å vokse opp sammen, og der det ikke er et slikt ønske.⁵²

I to avgjørelser må barnets mening vike for hensynet til barnets beste fordi meningen ikke er klar og sterk nok samt at ikke alle kan få sine individuelle ønsker oppfylt. I to andre avgjørelser mener retten barna er for unge (9 og 10 år) og umodne til å kunne vurdere konsekvensene og alternativene av sine synspunkter. I en av disse avgjørelsene anser retten også barnet å være i en lojalitetskonflikt.⁵³

I en avgjørelse er det av stor betydning for barnets ønske at løsningen må være praktisk gjennomførbar, og at barnet ikke er villig til å medvirke til noen annen løsning. Saken er fra Frostating lagmannsrett 2003-09-08, og gjelder foreldreansvar, fast bosted og samvær for to barn på 7 og 13 år. Det eldste barnet har et dårlig forhold til moren og vil derfor heller bo hos sin far. Retten kommer her, som den eneste i mitt materiale, fram til en delt løsning for de to barna.

4.2.2.5 Er resultatet i samsvar med barnets mening?

Av de atten avgjørelsene som inngår i materialet, er det elleve som inneholder klare synspunkter fra barna. Fem av disse igjen kommer til motsatt resultat enn det som fremgår av barnas synspunkter. To av avgjørelsene begrunner det med at barnas ønsker ikke er klare og sterke nok. Retten uttaler i en av dem at "*det som fremkom under samtalen med d sammenholdt med tidligere uttalelser, synes ikke å si at d har gitt uttrykk for et klart og sterkt ønske*".⁵⁴ I en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett 2003-06-02 som gjelder fast bosted for et barn på 10 år, uttaler retten i tillegg til at barnet

⁵¹ Hålogaland lagmannsrett 2003-10-13, Borgarting lagmannsrett 2003-08-15

⁵² Gulating lagmannsrett 2003-09-05 og 2003-02-05 og Borgarting lagmannsrett 2003-07-14

⁵³ Borgarting lagmannsrett 2003-06-02

⁵⁴ Agder lagmannsrett 2003-01-02

"synes å være preget av en lojalitetskonflikt" at "alderen tilsier at hun ikke har full forståelse for konsekvenser og alternativer". En avgjørelse blir begrunnet med at barnet ikke velger "side" fordi forelderen er en god omsorgsperson, men heller fordi barnet har forventninger om å omgås venner. Og den siste avgjørelsen blir avgjort av hensyn til barnets beste og foreldrenes ønske om at søsknene skal vokse opp sammen.

4.2.2.6 Hva blir konsekvensen av ikke å høre barnet?

I en avgjørelse, Eidsivating lagmannsrett 2003-08-29, kommer retten til at det foreligger en saksbehandlingsfeil av tingretten å ikke høre det eldste barnet. Saken gjelder spørsmål om fast bosted og samværsrett til to barn på 9 og 13 år. Tingretten begrunner avgjørelsen med at barna ikke bør involveres mer i konflikten enn strengt nødvendig, og at uttalelser fra barn ikke kan være avgjørende alene. Mot dette uttaler lagmannsretten at *"det i barneloven §31 annet ledd er slått fast at barn over tolv år skal høres i saker som berører deres personlige forhold."* Dermed blir det snakk om en saksbehandlingsfeil, som i tillegg er av en slik art at den kan ha innvirket på innholdet av avgjørelsen. En relevant bestemmelse her finner vi i lov om tvistemål (tvml.) av 13.august 1915 nr.6 §384, som sier at feil i saksbehandlingen bare kommer i betraktning hvis feilen kan ha hatt innvirkning på avgjørelsens innhold. Saken går da i vårt tilfelle tilbake til tingretten, som må la barnet få uttale seg før ny avgjørelse kan fattes.

En avgjørelse som kanskje kan ses parallelt med denne, er dom avsagt av Borgarting lagmannsrett 2003-11-19. Saken gjelder her et endringssøksmål vedrørende samværsrett for to barn på 7 og 12 år. Tingretten unnlater her å høre barna fordi konfliktnivået er for høyt og av hensyn til at barna ikke skal bli utsatt for noen lojalitetskonflikt. Imidlertid blir resultatet her annerledes enn i førstnevnte avgjørelse der lagmannsretten avsier dom i samsvar med tingrettens beslutning. De to avgjørelsene er ikke helt like innholdsmessig, men det kan også her tyde på at det er forskjellig oppfatning angående tolkingen av regelen i bl.§31.

En annen avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett 2003-09-19, kan også nevnes i forbindelse med saksbehandlingsreglene. Saken gjelder midlertidig avgjørelse om fast bosted og foreldreansvar. Gutten, som er 16 år, har etter endt grunnskoleutdanning søkt skoleplass der faren bor og flytter også etter hvert dit. Gutten blir hørt, men bare av tingretten. Lagmannsretten benytter seg da av den tidligere instans sine dokumenter i stedet for å høre barnet selv. Det kan kanskje stilles spørsmål ved om det er i samsvar

med saksbehandlingsreglene å ikke høre barnet i hver instans, men det vil bli nærmere kommentert under punkt 4.2.3.

4.2.2.7 Hvordan anvendes regelen i bl.§31 første ledd kontra annet ledd?

Kirsten Sandberg uttalte i forbindelse med forarbeidene til bl.§31, at "barnets medbestemmelsesrett er styrket ved at 12 år ikke lenger er noen absolutt grense for retten til å bli hørt".⁵⁵ Og i teorien er det også helt riktig, men praksis har i mitt materiale vist en annen tendens.

Til tross for at avgjørelsene omfatter hele sytten barn under 12 år, er det likevel bare to avgjørelser, en fra Eidsivating lagmannsrett 2003-07-04 og en fra Gulating lagmannsrett 2003-09-05, som nevner eller henviser til bl.§31 første ledd. I tillegg er det også i førstnevnte sak, som gjelder spørsmål om fast bosted og samvær for et barn på 10 år, kun mindretallet som viser til bestemmelsen. Men avgjørelsen viser da at det er uenighet i lagmannsretten om hvordan regelen i bl.§31 første ledd skal forstås. I sistnevnte avgjørelse, som er en midlertidig avgjørelse angående fast bosted for tre barn på 7,9 og 11 år, har domstolene etter lagmannsrettens oppfatning et *"selvstendig ansvar for å se til at barn under 12 blir hørt når omstendighetene tilsier det, jf.barneloven §31 første ledd"*. I følge forarbeidene er det også en riktig forståelse av første ledd. Plikten til å høre barnet her må vurderes opp mot barnets alder, modenhet og det spørsmål saken dreier seg om.

To avgjørelser synes, slik retten uttrykker seg, å ha bl.§31 første ledd " i tankene", men da uten at det henvises til bestemmelsen. Det er kun uttalelser om å tillegge meningen *"en viss vekt"* eller en *"noe begrenset vekt"*.⁵⁶

Tre avgjørelser referer til annet ledd i bl.§31 selv om to av dem bare har med barn under 12 år å gjøre. Fem avgjørelser henviser kun til annet ledd, men det er mer naturlig da barna i avgjørelsene er 12 år og eldre. Mer betenkelig er det imidlertid at hele fem avgjørelser ikke viser til regelen i bl.§31 i det hele tatt, og at fire andre avgjørelser bare sier noe generelt om regelen, inkludert den avgjørelsen der bare mindretallet sier noe om paragrafen.

⁵⁵ Sandberg 1990, side 35.

⁵⁶ Borgarting lagmannsrett 2003-07-14 og 2003-06-02

4.2.2.8 Henviser avgjørelsene til barnekonvensjonen?

Som nevnt tidligere under punkt 3.2, ble barnekonvensjonen inkorporert i norsk rett ved lov av 1.august 2003 nr.86. Konvensjonen skal da gjelde som norsk lov. Av saksmaterialet på i alt atten avgjørelser, kommer syv av dem etter inkorporeringen, men kun en avgjørelse anvender konvensjonen i tolkingen av regelen i bl.§31. Saken er en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett 2003-09-05, og er også omtalt under punkt 4.2.2.4 og 4.2.2.7. Saken gjelder en midlertidig avgjørelse angående fast bosted til tre barn på 7, 9 og 11 år. Retten finner det nødvendig å høre "*i hvert fall de to eldste barnas syn på saken*". Det er i denne sammenhengen barnekonvensjonens artikkel 12, som er en generell regel om barns rett til å uttale seg i saker som angår dem selv, som da er av spesiell interesse. Lagmannsretten uttaler her at "*barneloven §31 må tolkes i lys av barnekonvensjonen artikkel 12.*" Forholdet til barnekonvensjonen vil bli kommentert nærmere under punkt 4.2.3.

4.2.3 Kommentarer og vurderinger

Det er en tendens i lagmannsrettens avgjørelser fra 2003 at barn under 12 år ikke blir hørt. Materialet omfatter hele sytten barn som ikke er fylt 12 år, og av disse er det syv som enten er blitt spurt direkte av retten eller sakkyndig eller i hvert fall fått uttrykt sin mening. Ingen barn under 9 år er hørt eller vurdert hørt.

Barn skal ikke presses til å ha noen mening, og kanskje er det spesielt viktig for nettopp de barna som er under 12 år. Men det er forskjell på å presse en mening ut av et barn og å spørre det på en hensynsfull måte. I avgjørelsen fra Agder lagmannsrett 2003-01-02, som gjelder fast bosted for to barn på 9 og 12 år, vil retten ikke spørre 9-åringen direkte, men finner det heller riktig å "*overlate til henne eventuelt å snakke om det*". Her virker det som det er opp til barnet selv på eget initiativ å uttale seg, og det er i saksmaterialet ganske "vanlig" for de barna som er under 12 år. Men det er ikke sikkert det faller så naturlig for barn under 12 år å ta et slikt initiativ. Etter min mening bør det være mulig for retten eller en sakkyndig å spørre barnet på en skånsom måte, eller kanskje bare forsøke å lede det fram til å få uttrykt sin mening hvis det har noen. Barn kan ha en mening om et spørsmål selv om de ikke direkte får gitt uttrykk for den, og da blir det vanskelig å vite hva barnet selv vil hvis det ikke skal bli spurt på en eller annen måte.

En annen sak blir det hvis barnet, som i Borgarting lagmannsrett 2003-11-19, ikke blir spurt fordi det rett og slett ikke er til barnets eget beste at det blir det. Saken gjelder her et endringssøksmål om fastsatt samværsrett for to barn på 7 og 12 år. Foreldrenes forhold er ganske konfliktfylt og retten mener barna kan bli utsatt for "lojalitetskonflikter" hvis de blir spurt. Av hensyn til barna selv blir de ikke spurt. Men barn vil ofte havne i en slags lojalitetskonflikt i barnefordelingssakene. Barna vil dessverre alltid måtte "velge side" så lenge det er snakk om hvem de vil være hos. Men hvis det vil få negative konsekvenser for barnet at det uttaler seg, for eksempel at barnet blir psykisk sykt av tanken på å være ansvarlig for foreldrenes velferd, kan det greit forsvares at barnet ikke blir hørt. Imidlertid er det et vanskelig spørsmål hvor grensen her egentlig bør gå. Jeg tror det bare må bli en konkret vurdering av de faktiske forhold. Det er alltid viktig at saken blir godt opplyst, men kanskje spesielt viktig i slike tilfelle.

Som hentydet tidligere under punkt 4.2.2.7 blir det i avgjørelsene svært sjelden eller nærmest aldri henvist til første ledd i bl.§31. Hvis det er spørsmål om barnet skal høres eller ikke, blir det nesten konsekvent henvist til 12-årsregelen i annet ledd uansett om det dreier seg om barn over 12 år eller under 12 år. Regelen blir brukt som argument for at barn skal bli hørt og mot at barn skal bli hørt. I det sistnevnte tilfellet tolker domstolene da bestemmelsen slik at 12 år er en absolutt grense. I flere avgjørelser der vi har med barn under 12 år å gjøre, er det ingen opplysninger om hvorfor de ikke blir hørt. En kan nesten få inntrykk av at retten ser det som en selvfølge at de ikke skal bli hørt. Regelen i bl.§31 annet ledd oppfattes nærmest som en minimumsgrense for når barn har rett til å gi uttrykk for sine synspunkter. Det er i avgjørelsene en slags absolutt grense, men den er likevel ikke mer absolutt enn at det i noen saker er tvil om det er "fylte 12 år" eller "nesten fylte 12 år" som skal gjelde. Det er snakk om en viss tolkningstvil eller hvor liberal en skal være med "grensen". Men de to avgjørelsene, som er nevnt under punkt 4.2.2.3, kommer altså til forskjellig resultat på akkurat samme grunnlag – barna mangler noen måneder før de fyller 12 år. Og etter mitt syn er det ganske oppsiktsvekkende at sakene får forskjellig utfall på grunn av at 12 års grensen i bl.§31 andre ledd tolkes forskjellig.

Bl.§31 første ledd får, i mitt saksmateriale, på en måte ingen betydning, og flere av avgjørelsene kan strengt tatt tolkes slik at bl.§31 ikke kan anvendes hvis barnet er under 12 år. Imidlertid var det ikke det som var meningen med å ha et første ledd i paragrafen, jf. det som er sagt under punkt 3.1.2.1. I noen av avgjørelsene er det uttrykt

at barnet er for umodent og ikke forstår konsekvensene og alternativene for det som er spørsmålet. Det er viktig at barna forstår hva saken gjelder og hva som blir realiteten av å få ønsket innfridd. Men retten kan ikke bare ut fra alderen si at barnet er for umodent. Det må, i hvert fall etter mitt syn, foretas en vurdering. Enkelte 10 åringer kan for eksempel være like modne som en 12 åring. Domstolene i mitt materiale praktiserer ikke bl.§31 første ledd, og det er absolutt en feil tolking av lov og forarbeider at barn ikke skal bli hørt før de er fylt 12 år.⁵⁷ Noe av målet med endringen av bl.§31, er også at flere barn under 12 år skal bli hørt.

Det er viktig i saker om barnefordeling å finne ut hva som er bakgrunnen for barnets ønske eller synspunkt. Avgjørelsene i mitt materiale underbygger også det standpunktet. En ting er å spørre barnet hvor det helst vil bo, men en annen ting er om ønsket er reelt i den betydning at barnets mening er selvstendig og gjennomtenkt. Det blir et spørsmål om hvilke krav som stilles til kvaliteten av barnets ønske. I avgjørelsene er det samme uttrykt som at ønsket må være "*klart*" eller "*klart og sterkt*" for at utsagnet skal få utslagsgivende vekt, og momentet får altså betydning for den vekt ønsket skal tillegges. I den betydningen at ønsket skal få stor vekt, kan momentet ses på som et vilkår for avgjørelsen. Saksmaterialet viser at "*vilkåret*" er innarbeidet praksis da det går igjen i flere avgjørelser, men domstolen sier ikke alltid hvorfor ønsket er nettopp klart og sterkt.⁵⁸ Men for å finne bakgrunnen for barnets ønske, er det nødvendig å undersøke de faktiske omstendighetene rundt saken. Det er også noe som er blitt vektlagt i avgjørelser av EMD, se punkt 6.3. I en sak som så vidt også er omtalt under punkt 4.2.2.4 og 4.2.2.5, mener retten at barnets (12 år) ønske virker selvstendig, men at det heller er forventninger om å treffe venner enn at faren er en god omsorgsperson, som er bakgrunnen for synspunktet.⁵⁹ Etter min mening er det riktig av retten å ikke legge noen særlig vekt på barnets mening her. Det er viktig at barn omgås venner, men det er viktigere at barnet og den forelderen det bor hos har et godt forhold og at barnet trives i hjemmet sitt. Det er tross alt her noe av grunnlaget for en best mulig oppvekst skal legges. Selv om ønsket kan sies å være "*klart og sterkt*", er det i avgjørelsene også pekt på at andre momenter, se punkt 4.2.2.4, kan gå foran og at "*avgjørende er uansett*

⁵⁷ Innst. O. nr.30 (1980-81), side 8.

⁵⁸ Eksempelvis Borgarting lagmannsrett 2003-09-19

⁵⁹ Hålogaland lagmannsrett 2003-10-13

barnets beste"⁶⁰. Barnets mening tillegges ikke i enhver sak størst vekt, men desto eldre barnet er, jo mer skal det etter min mening til for å gå i mot barnets ønske.

Når det gjelder det prosessuelle eller saksbehandlingen i mine avgjørelser, er jeg litt overrasket over hvor til dels lite begrunnet og svakt begrunnet de enkelte beslutninger er. Tvml.§§144 og 164 inneholder regler om hva en dom og en kjennelse skal inneholde, og der er regelen at avgjørelsene må inneholde "*avgjørelsesgrunde*", som bestemt og uttømmende må angi det saksforholdet retten bygger avgjørelsen sin på. Her må jeg riktignok bare basere meg på det som står uttrykt i avgjørelsene, men bl.§31 er i flere avgjørelser ikke nevnt en gang. Det kan da stilles spørsmål ved om det i det hele tatt er vurdert om barna skal bli hørt eller ikke, og om dette er en saksbehandlingsfeil. En ting er å avgjøre at barnet ikke skal bli hørt, men det er noe annet ikke å foreta en vurdering en gang. Men da kommer jeg egentlig tilbake til det jeg har sagt ovenfor, at flere avgjørelser kan tolkes slik at barn under 12 år ikke skal bli hørt og at dette heller ikke skal vurderes etter første ledd. Men i mitt materiale er det heller ikke bare barn under 12 år det gjelder. I en avgjørelse, som er nevnt under punkt 4.2.2.3, fra Gulating lagmannsrett 2003-02-05 og som gjelder fast bosted for tre barn på 7,9 og 14 år, sier lagmannsretten ingenting om regelen i bl.§31. Så hvorfor barna ikke blir hørt eller vurdert hørt, er uvisst. Og slik gjeldende rett er, vil jeg nesten gå så langt som til å si at hvor det både her og i andre avgjørelser ikke framgår om barna er vurdert hørt eller ikke, foreligger en saksbehandlingsfeil. Dersom det er spesielle forhold som gjør at barnet ikke blir hørt, må det komme fram i avgjørelsen.

Som nevnt under punkt 4.2.2.6, kan det også stilles spørsmål ved om det er prosessuelt forsvarlig ikke å høre barnet i hver instans. Men saken som er nevnt i denne forbindelse, Borgarting lagmannsrett 2003-09-19, kan kanskje være noe spesiell i og med barnets høye alder (16 år) og klart uttrykte mening. Imidlertid kan spørsmålet generelt sett bero på hvor lang tid det har gått mellom avgjørelsene i de to rettsinstansene, men et barn kan jo forandre mening. Det kan være nye ting som har hendt som gjør at meningen ikke er den samme som før, og tidsmessig bør det ikke være noe stort problem å høre barnet hver gang. Uansett bør barna, etter mitt syn, høres for hver instans om det så er bare for å være på den sikre siden. Hvis barnet har samme syn i lagmannsretten som i tingretten, vil det bare være med på å underbygge ytringen

⁶⁰ Agder lagmannsrett 2003-01-02.

enda sterkere. Av hensyn til en mest mulig riktig avgjørelse – rettssikkerheten - bør dette være regelen.

Det er et interessant faktum at det av alle atten avgjørelsene bare er en som tar opp barnekonvensjonen i sin vurdering. Det er spesielt interessant med tanke på de syv avgjørelsene som kommer etter at konvensjonen ble inkorporert i norsk lov. Som rettskilde har barnekonvensjonen høyere rang enn alminnelig lov. I tillegg ratifiserte Norge konvensjonen allerede i 1991, og konvensjonen har helt siden da vært gjeldende rett. Det er vanskelig å finne noen forklaring på hvorfor det er slik, men det er i hvert fall to grunner som kan tenkes. Den ene er at retten har sett det unødvendig i og med at konvensjonen nettopp skal være gjeldende rett. Men på den andre siden kan det kanskje spørres om det likevel er litt usikkerhet rundt anvendelsen av konvensjonen i forhold til norsk rett. Slik bl.§31 til nå har vært formulert, kan det, etter mitt syn, ikke direkte utledes av teksten at innholdet er det samme som etter barnekonvensjonen artikkel 12. Konvensjonen opererer jo ikke med noen bestemt aldersgrense. Det er bl.§31 første ledd som da samsvarer mest med ordlyden i artikkel 12. Men det er som sagt ikke lett å vite hvorfor barnekonvensjonen er så fraværende i mitt saksmateriale.

I de avgjørelsene barna er hørt, er det benyttet både dommersamtale og sakkyndigsamtale. Uansett metode bør barna, etter mitt syn, bli hørt i rolige og komfortable omgivelser, og slikt sett kan det kanskje virke mer "skremmende" for barnet å komme på dommerens kontor enn det for eksempel er hvis en sakkyndig kommer hjem for å ha en samtale. Om det er noen metode som er bedre enn den andre er vanskelig å si. Det viktigste er at den metode som blir valgt er best for barnet. Oppnevning av sakkyndig kan fort forhale saken, så tidsmessig er det kanskje best for barnet å snakke med dommeren slik at saken forttere kan bli ferdig. Det kan kanskje stilles spørsmål ved om det er greit å variere metode, men jeg mener også det bør bli en vurdering av hva som passer barnet best i det enkelte tilfelle.

4.3 Midlertidige avgjørelser i barnefordelingssaker

4.3.1 Kort om barneloven §60

§60. Førebels avgjerd

Retten kan etter krav frå ein part ta førebels avgjerd om kven av foreldra som skal ha foreldreansvaret, om kven barnet skal bu hos fast, og om samværsrett. Slik avgjerd kan gjelde for ei viss

tid eller til saka er endeleg avgjort. Retten kan også ta førebels avgjerd før saka er reist, dersom særlege grunnar talar for det. (Andre, tredje og fjerde ledd er ikke tatt med).

Bl.§60 hjemler adgang til å fatte midlertidig avgjørelse i sak om barnefordeling. Det vil altså si avgjørelser om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær. Midlertidig avgjørelse kan treffes når som helst etter at saken er reist og fram til den er endelig avgjort – under saksforberedelsen, sammen med dommen eller etterpå. Det er nok at en av partene krever en slik avgjørelse. Selv om hovedsaken for eksempel gjelder både foreldreansvar og fast bosted, kan partene be om avgjørelse bare om hvor barnet skal bo.

Første ledd siste punktum i bestemmelsen gir retten adgang til å treffe en midlertidig avgjørelse hvis "*særlege grunnar*" tilsier det. Med "*særlege grunnar*" menes at barnet kan lide fysisk eller psykisk overlast hvis det ikke treffes en avgjørelse raskt. Det omfatter også kidnappingstilfellene.⁶¹

Avgjørelsen skal også her treffes ut fra hva som er best for barnet, jf. bl.§48.

Avgjørelsen kan tidsbegrenses, men det vanlige vil være at den gjelder fram til saken er rettskraftig avgjort.

En midlertidig avgjørelse kan bare endres dersom "*særlege grunnar*" taler for det, jf.bl.§64.

4.3.2 Rettspraksis om bl.§60

I de til sammen ni avgjørelsene fra Høyesterett i perioden 1998-2003 og de tre lagmannsrettsavgjørelsene fra 2003, er det i alt tjue barn. Dessverre er det ingen opplysninger om alderen på åtte av barna, men de som da er igjen er i alderen 5 til 16 år. Av disse er fem fra 12 år og oppover og hele tolv barn er i alderen fra fylte 7 år til fylte 11 år. Seks av avgjørelsene gjelder kun fast bosted, fire gjelder fast bosted og samvær, en gjelder kun samværsrett og en gjelder foreldreansvar og fast bosted.

4.3.3 Avgjørelsenes resultater

I de tolv avgjørelsene som her er behandlet, er det hele seks av dem som ikke nevner bl.§31. Ingen av barna, som er i alderen 5 til 12 år, blir altså hørt. Men om barna

⁶¹ Karnov, norsk lovkommentar 2002, note 86 til §38 (den opprinnelige paragrafen).

ikke blir hørt fordi retten mener det ikke er regelen i midlertidige avgjørelser, er det ingen opplysninger om.

I tre av sakene blir barna hørt enten direkte eller ved selv å gi uttrykk for sine syn. Barna er her i alderen 9 til 16 år.

I to avgjørelser mener retten klart at barna har like stor rett til å bli hørt når avgjørelsene er midlertidige som når de ikke er det. Avgjørelsen fra Eidsivating lagmannsrett 2003-08-29 gjelder fast bosted for to barn på 9 og 13 år, og avgjørelsen fra Rt.1999 side 1183 gjelder fast bosted for fem barn der det eldste er 12 år. Det er ikke opplyst hvor gamle de andre barna er. Retten uttaler ordrett i begge avgjørelsene at det ikke er *"gjort noe unntak fra §31 annet ledd for saker som behandles etter barneloven §38"*. Førstnevnte avgjørelse er også omtalt under punkt 4.2.2.6.

Den siste avgjørelsen, Rt.2000 side 874 som gjelder fast bosted og samværsrett for to barn på 11 og 13 år, stiller imidlertid spørsmålstegn ved riktigheten av de to avgjørelsene nevnt ovenfor da retten uttaler, at *"det er et tvilsomt spørsmål om det kan gjelde som alminnelig regel at barn over 12 år skal få si sin mening også i saker om midlertidig avgjørelse av hvor barnet skal bo"*.

4.3.4 Har barnet rett til å bli hørt i midlertidige avgjørelser?

Avgjørelsene viser at det er både uenighet og uklarhet rundt dette spørsmålet. De seks avgjørelsene som ikke nevner bl§31, kan kanskje tyde på at retten har en oppfatning om at medbestemmelsesretten her ikke er aktuell. Men som antydnet ovenfor kan det også være på grunn av barnas forholdsvis lave alder og "minimumsgrensen" i bl. §31 andre ledd. Imidlertid er et av barna i de seks avgjørelsene fylt 12 år. Avgjørelsen fra Rt.2000 side 874, er den nyeste (lex posterior – prinsippet) Høyesterettsavgjørelsen som sier noe om spørsmålet, og viser da at oppfatningen der er i strid med avgjørelsen som kom året før. Men lagmannsrettens avgjørelse fra 2003 sier ordrett det samme som Rt.1999 side 1183, der retten er av den oppfatning at det ikke er noe spørsmål om hva som er gjeldende rett på området. Imidlertid har en Høyesteretts avgjørelse større rettskildemessig vekt enn en lagmannsrettsavgjørelse.

Lucy Smith og Peter Lødrup er også av den oppfatning at det er kjennelsen fra Rt.1999 side 1183 som viser gjeldende rett. De sier at hvis retten har unnlatt å høre

barnets mening, kan det medføre at dommen blir opphevet og at "rettspraksis har slått fast at dette også gjelder midlertidige avgjørelser og tvangsfullbyrdelse."⁶²

Karnov, norsk lovkommentar, opererer med akkurat det samme syn og henviser også til kjennelsen fra 1999."Barnet har rett til å bli hørt i medhold av §31 (se Rt. 1999 side 1183)."⁶³

De midlertidige avgjørelsene gjelder akkurat de samme spørsmål, foreldreansvar, fast bosted og samværsrett, som i barnefordelingssaker ellers. Avgjørelsene er slikt sett både viktige og alvorlige. I tillegg er det slik at de midlertidige avgjørelsene vil få betydning for hovedsaken. Det er et hensyn at barn ikke skal bli flyttet på altfor mye, og det hensynet vil måtte tas i betraktning når retten skal ta en slik avgjørelse.

Bortsett fra tidsaspektet (spare tid), er det etter mitt syn ingen grunn til at barns medbestemmelsesrett ikke skal gjelde i saker etter bl.§60. Et slikt viktig unntak burde i så tilfelle vært kommentert i forarbeidene, noe det ikke er. Barnekonvensjonens artikkel 12 gjør heller ingen unntak fra medbestemmelsesretten i midlertidige avgjørelser. Jeg mener selv at bl.§31 gjelder likeså vel her som ellers, og at det er flere momenter for synspunktet enn mot det (se ovenfor). Imidlertid gir nok ikke avgjørelsene noe klart svar på spørsmålet, men skaper etter mitt syn heller tvil.

5 Barns medbestemmelsesrett etter EMK

5.1 Innledning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4.november 1950, ble ved menneskerettsloven (mnskrl.) av 21.mai 1999 nr. 30 inkorporert i norsk rett. Konvensjonen og dens tilleggsprotokoller gjelder da som norsk lov, jf. mnskrl.§2 nr.1, og skal ved motstrid gå foran, jf.mnskrl.§3. Per 30.juni 2003 var det 44 land som hadde sluttet seg til konvensjonen.

⁶² Smith og Lødrup 1998, side 108

⁶³ Karnov, norsk lovkommentar 2002, note 85 til §38 (den opprinnelige paragrafen).

EMK er ikke skrevet spesielt for barn og inneholder ikke bestemmelser som direkte ivaretar og behandler barns spesielle behov. Men barn er likevel på samme måte som voksne også beskyttet av menneskerettighetene. Barns rettigheter kommer ikke eksplisitt til uttrykk, men er generelt sett innbakt i de voksnes rettigheter, og da spesielt foreldrenes og familiens rettigheter.

Når vi snakker om barns medbestemmelsesrett i denne forbindelse, er det EMK artikkel 8 som er av spesiell interesse her. Den omfatter blant annet nettopp forholdet barn og foreldre, og de rettigheter som der skal beskyttes.

5.2 EMK artikkel 8

5.2.1 Fra en barnerettslig synsvinkel

EMK artikkel 8 gjelder menneskets rett til respekt for privatliv og familieliv. Innholdsmessig er det en vid bestemmelse som favner om mange forskjellige områder innenfor rettighetene, men her skal det kun fokuseres på den barnerettslige siden av artikkelen.

5.2.2 Innholdet i artikkelen

EMK artikkel 8 Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Artikkel 8 nr.1 angir selve rettighetene og er på en måte "hovedregelen". Rett til respekt for familielivet, må i utgangspunktet innebære at foreldrene har rett til å ha sine barn hos seg,⁶⁴ og sett fra barns synsvinkel: at barn har rett til å være hos sine foreldre. Et beskyttet område for familielivet anses da retten til å ha omsorgen for barnet og retten til å utøve samvær med det. Foreldrenes bestemmelsesrett over barnet kommer således til uttrykk i retten til familielivet.⁶⁵ Rett til familieliv fortsetter etter samlivsbrudd og skilsmisse. Den som ikke får barnet fast boende hos seg har dermed i

⁶⁴ Smith 1991 (JV), side 104

⁶⁵ Mattsson 2002, side 135.

utgangspunktet krav på samvær med barnet. Staten plikter å sikre kontakt mellom barn og foreldre.⁶⁶

Artikkel 8 nr.2 inneholder begrensninger eller unntak fra hovedregelen om rett til respekt for familielivet. Foreldrene må her tåle flere innskrenkninger i denne retten. Det vil i første rekke være tilfellet hvor en atskillelse mellom barn og foreldre er begrunnet i barnets velferd. Atskillelse på et slikt grunnlag vil vanskelig være i strid med artikkel 8. Hensynet til familiens enhet og selvbestemmelsesrett kan ikke gå foran hensynet til det enkelte menneske.⁶⁷

Hensynet til barnets velferd kan også tilsi at barnet får en rett til å bestemme for seg selv når det har nådd en slik modenhet, at det har forutsetninger for å treffe fornuftige avgjørelser på det området det dreier seg om.⁶⁸ Et godt eksempel på det er valg av utdanning, jf. EMK første tilleggsprotokoll artikkel 2.

EMK gir i stor grad de nasjonale myndigheter en viss skjønnsmessig margin, "margin of appreciation", når de skal vurdere saker og løse tvister. Det er den vilkårlige atskillelsen av barn og foreldre som artikkel 8 i første rekke beskytter mot. I spørsmål om barnefordeling og samværsrett ved foreldrenes samlivsbrudd, er ikke rett til foreldremyndigheten en beskyttet rett etter konvensjonen. En av partene må i disse tilfellene uansett tåle en eller annen atskillelse fra barna. Rett til samvær med egne barn er også antatt å være beskyttet etter artikkel 8, men særlige grunner i artikkel 8 nr.2 kan også her gjøre unntak.⁶⁹

Artikkel 8 inneholder også visse prosessuelle rettigheter. Når det gjelder barn har de behov for en viss prosessuell beskyttelse angående retten til å si sin mening i saker som berører dem, og retten til å få ha innflytelse i saker angående foreldres omsorg og samværsrett. Den europeiske menneskerettighetskommisjon (Kommisjonen) og EMD (Domstolen), har gjort det klart at det er viktig å følge barns ønsker der det er mulig. Men flere saker viser at statene har hatt en vid skjønnsmargin når det gjelder å høre barn og vekten av utsagnet i familiesaker. Kommisjonen har imidlertid tidlig bestemt at det er forenlig med artikkel 8 å nekte foreldrene kontakt med barnet hvis det

⁶⁶ Karnov, norsk lovkommentar 2002, note 70 til artikkel 8.

⁶⁷ Smith 1991, side 104-106

⁶⁸ Smith 1991, side 113.

⁶⁹ Smith 1991, side 105

er i samsvar med barnets eget ønske. Det er likevel viktig at nasjonale myndigheter ikke bare baserer seg på barnets uttalte mening, men ser det i sammenheng med alderen og modenheten. Men uansett vil barnets interesser gå foran foreldrenes.⁷⁰

Selv om det i saker om samværsrett og fast bosted fattes en beslutning i strid med barnets ønske, er det ikke sikkert det vil stride mot barnets rett til familieliv. Rettsstillingen på dette punktet er litt uklar.⁷¹ I utgangspunktet mener jeg det er i strid med retten til familieliv, men at barn, i likhet med foreldre, også må tåle innskrenkninger i retten når det er andre hensyn (barnets beste) som må gå foran.

6 EMDs avgjørelser i barnefordelingssaker

6.1 Den europeiske menneskerettsdomstol

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) ble opprettet ved ellefte protokoll til konvensjonen av 11. mai 1994, og trådte i kraft 1. november 1998. Domstolen har i dag tilholdssted i Strasbourg.

Domstolens oppgave er å sikre at de forpliktelsene statene har påtatt seg etter konvensjonen og dens protokoller, blir overholdt. Den består av et antall dommere som tilsvarende samme antall stater som har sluttet seg til konvensjonen, se EMK artikkel 20. EMD har kompetanse til å behandle saker i komiteer, kammer og storkammer med henholdsvis tre, syv og sytten dommere, jf. EMK artikkel 27. Storkammeret er, lik Høyesterett, siste instans og her vurderes kun saker som reiser prinsipielle og tvilsomme spørsmål angående tolkingen av konvensjonen og dens protokoller, jf. EMK artikkel 30, og i overprøvingstilfellene, jf. EMK artikkel 43.

Domstolen kan vurdere sakens fakta, avvise saker som fremmes, bidra til inngåelse av forlik og avsi dom.⁷²

⁷⁰ Kil Kelly 1999, side 117 flg.

⁷¹ Mattsson 2002, side 136.

⁷² Høstmælingen 2003, side 378.

6.2 De utvalgte avgjørelser

Som sagt innledningsvis har jeg her tatt for meg seks avgjørelser fra EMD. De seks avgjørelsene vil ikke bli nærmere redegjort for hver for seg, fordi jeg synes det er mer oversiktlig og bedre å fremstille avgjørelsene ved heller å trekke ut de momenter som er viktige i avgjørelsene og behandle det samlet. Det er heller ikke alle avgjørelser som sier like mye om EMDs praksis når det gjelder barns medbestemmelsesrett.

6.2.1 Avgjørelsene i et sammendrag

Det er seks avgjørelser avsagt av EMD som her skal omtales nærmere. En avgjørelse er fra 1995, en fra 2000, tre fra 2001 og en fra 2003. Sistnevnte, Sahin mot Tyskland, er en avgjørelse avsagt av storkammeret (The Grand Chamber) og inneholder samme saksforholdet som en av avgjørelsene fra 2001.

Barna, seks i alt, er fra 5 til 13 år gamle og alle sakene unntatt en, som gjelder fast bosted, inneholder spørsmål om samværsrett. I tre av sakene er barna hørt av de nasjonale domstolene. Det er i kun en sak (pluss den avsagt av storkammeret) opplyst hvorfor barnet blir hørt eller ikke. Domstolen er i tre av sakene enig med avgjørelsene avsagt ved de nasjonale domstolene, mens domstolen i de tre andre kommer til at det foreligger et brudd på EMK artikkel 8. I hele fire av avgjørelsene er det dommere som dissenterer. I alle sakene der barna blir hørt er høringen foretatt av retten selv.

Avgjørelsene bærer preg av til dels store motsetninger mellom mor og far, men bærer også preg av at det er et til dels dårlig forhold mellom barn og forelder fordi barna ikke vil ha noen kontakt med forelderen. Psykologer eller sakkyndige er innhentet i nesten alle sakene, ikke for å høre barnet, men for å uttale seg om hvilken løsning som er til barnets beste.

6.2.2 Barna som blir hørt

I tre av sakene høres barna av de nasjonale domstolene. To av dem er, da saken blir anket til siste instans, 7 år gamle, og det siste barnet er 13 år gammelt. I to av disse avgjørelsene, Elsholz mot Tyskland og Sommerfeldt mot Tyskland, kommer domstolen (EMD) til at avgjørelsene inneholder brudd på artikkel 8 i EMK.

Begge sakene gjelder spørsmål om samværsrett til barn på henholdsvis 7 og 13 år. I begge sakene mener domstolen det er en mangel ved de nasjonale domstolenes avgjørelser, at de ikke har sett nærmere på bakgrunnen for barnets uttalelser *"in order to*

evaluate the child's statements".⁷³ De nasjonale domstolene har ikke tatt uttalelsene grundig nok i ettersyn, og har ikke undersøkt godt nok realiteten i dem. I tillegg mener domstolen her det er et brudd på artikkel 8 at barna ikke blir hørt i hver instans.

Det er imidlertid i begge avgjørelsene uenighet innenfor EMD. I saken Elsholz mot Tyskland dissenterer tre dommere på det grunnlag at statene her ikke har overskredet sin såkalte skjønnsmargin, "*margin of appreciation*". De dissenterende dommerne mener det ikke er nødvendig å høre barnet i alle distanser da retten likevel har nok (høring, lengre intervjuer med partene og barnet) til å dokumentere uttalelsene.

I saken Sommerfeld mot Tyskland dissenterer en dommer, også på grunnlag av den vide skjønnsmarginen som statene er tillagt. Dommeren mener her at statene ikke overlates noen skjønnsmargin i det hele tatt hvis domstolen også skal "overprøve" vurderingen av barnets uttalelser.

6.2.3 Barna som ikke blir hørt

I tre av sakene blir barna ikke hørt av de nasjonale domstolene. Barna er 5 (to saker om samme barn) og 9 år da saken kommer opp for siste instans. Saken med det 9 år gamle barnet, Borse mot Norge, gjelder spørsmål om fast bosted, og EMD kommer til at det ikke foreligger noe brudd på EMK artikkel 8 her. Verken nasjonale domstoler eller EMD har noen kommentarer angående barnets medbestemmelsesrett.

De andre sakene gjelder spørsmål om samværsrett og er, som nevnt tidligere, egentlig en og samme sak, Sahin mot Tyskland, bare avsagt av henholdsvis kammer og storkammer. Det 5 år gamle barnet blir her ikke hørt fordi retten mener det vil bli en for stor psykisk belastning for barnet. En sakkyndig mener barnet kan komme til å få følelsen av at det blir lagt press på det og at dets mening er avgjørende. Det er derfor, ifølge den sakkyndige, ikke til barnets beste at det blir hørt.

Kammeret kommer, i motsetning til storkammeret, til at det foreligger et brudd på EMK artikkel 8 fordi barnet ikke er blitt hørt. Retten tar beslutningen på bakgrunn av en sakkyndigs rapport. Kammeret mener det bør være mulig å høre barnet på en "skånsom" måte, og poengterer at det er viktig med en konkret og fullstendig informasjon om barnets forhold til foreldrene.

⁷³ Sommerfeld mot Tyskland 11.10.2001, premiss 43 og Elsholz mot Tyskland 13.07.2000, premiss 52.

En dommer dissenterer imidlertid også i denne saken. Bakgrunnen er at dommeren mener det ikke er kritikkverdig at retten legger stor vekt på den sakkyndiges uttalelser. I tillegg mener dommeren at det er et "inngrep" i de nasjonale myndighetenes "margin of appreciation".

Storkammeret kommer, som sagt, til at det ikke foreligger noe brudd på EMK artikkel 8. Retten uttaler at det vil være å gå for langt å si at en alltid skal kreve at utenlandske retter hører et barn i spørsmål om samværsrett. Om barnet skal høres " *depends on the specific circumstances of each case, having due regard to the age and maturity of the child concerned*".⁷⁴ Den samme vurderingen gjøres etter bl.§31 første ledd. Det er innenfor statens skjønnsmargin å avgjøre vekten av en sakkyndigs uttalelser.

To av storkammerets dommere dissenterer og mener at barnet har vært for lite i fokus i denne saken. Dommerne mener flertallet fokuserer for mye på morens relativt dårlige forhold til faren og hvordan dette forholdet kan påvirke barnet. Barnet er riktignok ungt, men dommerne mener at det da har lettere for å tilpasse seg nye forhold enn når det er eldre.

6.2.4 Generelle prinsipper i avgjørelsene

Betydningen av hensynet til barnets beste, "the best interests of the child", er et dominerende trekk i avgjørelsene. " *A fair balance must be struck between the interests of the child and those of the parent*"⁷⁵, men barnets beste blir tilslutt avgjørende. Det er det dominerende hensyn i saker om samvær og fast bosted.

I favør av statene påpeker også avgjørelsene betydningen av den skjønnsmargin som det er ment at statene skal ha. På grunn av forskjeller i for eksempel kultur, religion, samfunnsforhold og rettssystem, kan de nasjonale domstolene være nærmere til å vurdere enkelte saksforhold enn EMD. De nasjonale myndigheter har vanligvis mer kontakt med de involverte personer. Det er ikke meningen at domstolen (EMD) skal sette seg i de nasjonale myndighetenes sted når de utøver sine plikter i forbindelse med omsorgs- og samværssaker. Domstolen skal heller se om det som er gjort er i samsvar med konvensjonen. Hvor vid skjønnsmarginen er, vil variere etter sakens art og

⁷⁴ Sahin mot Tyskland 08.07.2003, premiss 73

⁷⁵ Eksempelvis Sommerfeld mot Tyskland 11.10.2001, premiss 40

viktigheten av de interesser som skal ivaretas. Men avgjørelsene viser klart at det likevel er uenighet om hvilke beslutninger som omfattes av marginen eller ikke.

6.3 Kommentarer og vurderinger

I likhet med norsk rett, henviser også EMD til at barnets beste til syvende og sist er det avgjørende hensyn i saker om barnefordeling som kommer opp for domstolen. Men norsk rett opererer ikke, som EMD, med noen interesseavveining mellom foreldrene og barnet. Gjeldende rett er at avgjørelsen "*først og fremst*" skal rette seg etter det som er best for barnet, jfr. bl.§48. Det betyr at andre hensyn også kan tas, men loven sier ikke hvilke. Slikt sett er ikke hensynet til foreldrene helt utelatt. Justiskomiteen uttalte i forarbeidene til barneloven at hvis ingen av løsningene "peker seg ut" som den beste for barnet, kan det legges vekt på "hvem av foreldrene som har mest behov for å ha barnet hos seg og hvem som vil lide det største tap ved ikke å få det".⁷⁶

I det utvalgte saksmaterialet, kan det synes som om EMD er mer "liberal" når det gjelder å høre yngre barn, spesielt de fra 7 år og nedover, enn det som er blitt praktisert i norsk rett. Det gjelder også i forhold til i det hele tatt å vurdere om yngre barn bør bli hørt, noe som er en mangel i det materialet jeg har gjennomgått fra lagmannsrettens avgjørelser i 2003. Det er heller ingen grense verken nedad eller oppad for når barna bør høres etter EMK artikkel 8, og kanskje derfor stilles det heller ikke spørsmål ved hvorfor barn fra 7 år og nedover skal bli hørt. Da mitt materiale fra EMD er svært lite, er det vanskelig å si om norsk rett etter endringen i bl.§31 er i samsvar med EMDs praksis eller ikke. Men den nye regelen samsvarer uansett mer enn det den tidligere regelen gjorde.

Men i stedet for å fokusere mest på barnas alder, er EMD, i mitt utvalg, mer opptatt av å finne bakgrunnen for barnets uttaleser. Det er også praksis etter norsk rett å finne ut om ønsket er, uttrykt som, "klart og sterkt", men EMD synes å legge meget stor vekt på viktigheten av å finne realiteten bak barnets utsagn. Selv om det i nesten alle sakene er oppnevnt sakkyndig for å finne ut hva barnets ønske er, og i tillegg foretatt intervjuer og høringer av barnet og foreldrene, er EMD likevel i flere tilfeller av den mening at det kunne vært gjort mer. Det kan kanskje hevdes at det etter EMDs praksis

⁷⁶ Innst. O. nr.30 (1980-81), side 14

ikke er mest spørsmål om barnet skal høres eller ikke, men heller å høre barnet og dermed konsentrere seg om hvor riktig og gjennomtenkt ønsket er. Å finne bakgrunnen for barnets ønske, sier også noe om sakens opplysning. Domstolen uttaler i Sahin mot Tyskland at *"correct and complete information on the child's relationship to the applicant as the parent seeking access to the child is an indispensable prerequisite for establishing a child's true wishes and thereby striking a fair balance between the interests at stake."*⁷⁷

EMD understreker også viktigheten av at barnet blir hørt i hver instans og ikke, som en av avgjørelsene fra lagmannsretten, baserer seg på dokumentene og funnene i tidligere instanser. Norge er bundet av EMDs praksis her, og regelen eller prinsippet er også, etter mitt syn, i samsvar med slik saksbehandlingen bør være i norske avgjørelser.

Selv om storkammeret i saken Sahin mot Tyskland, kommer til at det ikke er galt at et barn på 5 år ikke blir hørt, viser avgjørelsen likevel at det er tvil om regelen eller tolkingen av artikkel 8 både på grunnlag av dissensen i avgjørelsen og det motsatte resultatet i kammeret. Slik norsk rett og norsk praksis har vært, er det etter mitt syn, ganske tvilsomt om det i det hele tatt ville blitt vurdert å høre barnet. På den bakgrunnen kan det kanskje hevdes at EMD har en lavere terskel for når barn skal høres, enn det som har vært tilfellet i norske rettsavgjørelser. Det må imidlertid påpekes at mitt materiale fra EMD er ganske lite, og at "funnene" da er basert på det materialet som er. Men ut fra det materialet jeg har gjennomgått, har det ikke vært samsvar verken mellom norsk rett og EMK artikkel 8 eller mellom norsk praksis og EMDs praksis. EMK artikkel 8 inneholder ikke noen aldersgrense slik som bl.§31 gjør, og EMDs praksis viser også at den er mindre "bundet" av barnas alder enn det norsk praksis er.

⁷⁷ Sahin mot Tyskland 11.10.2001, premiss 48

7 Avslutning

7.1 Svar på problemstillingen og rettspolitiske synspunkter

En skilsmisse eller et samlivsbrudd er en svært vanskelig og vond situasjon for et barn, og enda verre blir det når foreldrene i tillegg ikke blir enige om barnefordelingen. For både barn og foreldre vil det være best om spørsmålet blir løst uten problemer og at løsningen er til barnets beste, men dessverre ser det ut til at det stadig blir flere barnefordelingssaker som føres for retten.⁷⁸ Men uansett om det blir en rettsak eller om spørsmålet løses av foreldrene selv, er det viktig å høre på det barnet måtte ha å si om saken.

Gjennom arbeidet med lagmannsrettens avgjørelser, har jeg prøvd å få svar på den problemstillingen avhandlingen reiser. Og selv om det bare er avgjørelsene fra 2003 som er brukt, tror jeg ikke at de avviker så mye fra tidligere praksis enn at funnene kan sies å være relevante.

Generelt sett er retten i mitt materiale ganske varierende i anvendelsen og tolkingen av bl.§31. Det gjelder oppsummeringsmessig fra punkt 4.2.3 følgende: å vurdere om barna skal bli hørt eller ikke, å begrunne avgjørelser, betydningen av bl.§31 første ledd og tolkingen av bl.§31 annet ledd. På bakgrunn av lagmannsrettens avgjørelser fra 2003, kan det sies at bl.§31 ikke blir praktisert og ivaretatt slik lov og forarbeider har forutsatt. En mening med første ledd i bestemmelsen er at plikten til å høre barnet skal vurderes opp mot barnas alder og modenhet. Justiskomiteen mente at den generelle regelen i bl.§31 første ledd vil fange opp de tilfellene der det er naturlig at helt små barn får si sin mening. Men slik lagmannsretten uttaler seg i mitt avgjørelsesmateriale, er de yngste barna ikke vurdert hørt en gang. I tillegg mente komiteen at det normale utgangspunktet er at barnet blir hørt fra det er i skolepliktig alder.⁷⁹ Men regelen i mitt materiale er heller at barn i denne alderen aldri blir hørt. EMDs praksis har, som sagt under punkt 6.3, her vist en annen tendens.

1. april 2004 ble imidlertid 12 år i bl.§31 andre ledd erstattet med 7 år, og da vil vi også få en endring av praksis på området.

⁷⁸ Koch 2000, side 9

⁷⁹ Innst. O. nr.30 (1980-81), side 8-9

Noe av bakgrunnen for endringen er at flere barn skal bli hørt, og spesielt de yngre. Og slik regelen i bl.§31 opprinnelig var tenkt å skulle anvendes, inneholder den nye regelen slikt sett ikke noen endring. Men slik praksis ser ut til å ha utviklet seg, tror jeg endringen også er gjort med tanke på å presse eller å endre praksis i retning noe av det som også var tanken bak den opprinnelige regelen. Rettspraksis viser også at det var nødvendig med en endring ikke bare i forhold til slik gjeldende rett har blitt praktisert, men også i forhold til barnekonvensjonen og praksis etter EMD. EMD ser ut til å praktisere og ivareta barns medbestemmelsesrett i noe større grad enn norsk rett gjør, se punkt 6.3 sammenlignet med punkt 4.2.3.

Det er i forarbeidene til endringen uttalt at bl.§31 endres slik at den blir mer i samsvar med barnekonvensjonen. Men hvorfor skal vi ikke da bare ha en helt generell regel om barns medbestemmelsesrett? Konvensjonen opererer heller ikke med noen aldersgrense. Imidlertid kan det tenkes at en slik regel vil føre til mer ulik praksis og at det er bedre med en slags retningslinje. Men en vurdering må foretas uansett om det er en fastsatt ”grense” eller ikke. En ulempe med endringen er at det samme kan skje som med 12 års regelen – det blir en minimumsgrense, men uansett tror jeg målet bak endringen blir oppfylt: Flere barn vil bli hørt.

8 Litteraturliste

Litteratur

Backer, Inge Lorange (1982), Barneloven: Lov 8.april 1981 nr.7 om barn og foreldre, kommentarutgave, Universitetsforlaget.

Dalseide, Nils (2002), Barnefordelingssaker i retten: Noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste, Bonus Pater Familias, festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal Norsk Forlag, side 191-207.

Flekkøy, Målfrid Grude og Kaufman, Natalie Hevener (1997), The Participation Rights of The Child : Rights and Responsibilities in Family and Society, Athaeum Press, Gatheshead, Tyne and Wear.

Hansen, Ragnhild Collin (1997), Innføring i barnerett for sosialarbeidere, Tano Aschehoug.

Haugli, Trude (2002), Det mangfoldige barnets beste, Bonus Pater Familias, festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal Norsk Forlag AS, side 313-326.

Høstmælingen, Njål (2003), Internasjonale menneskerettigheter, Universitetsforlaget.

Karnov, norsk lovkommentar (2002), Lødrup Peter, Kaasen Knut og Tjomsland Steinar, Gyldendal Norsk Forlag

Kilkelly, Ursula (1999), The Child and the European Convention on Human Rights, 1999, Ashgate Publishing Company.

Koch, Katrin (2000), Når mor og far møtes i retten: Barnefordeling og samvær, Norsk institutt for forskning og oppvekst, velferd og aldring, NOVA rapport 13/2000.

Mattsson, Titti (2002), Barnet och rättsprocessen, rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med tvångsvård, Juristforlaget i Lund.

Rikheim, Erling (1934), Vergemålsloven: Lov om vergemål for umyndige av 22.april 1927 nr.3 med tilleggslov av 29.juni 1934 nr.1, utgitt med anmerkninger, henvisninger og kommentar, Johan Grundt Tanum.

Rønneberg, Anne Lise og Poulsson, Anne (2000), Barn som vitner: Særlig om dommeravhør og observasjon, Universitetsforlaget AS.

Sandberg, Kirsten (1990), Barnets beste: Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet, Ad Notam forlag AS.

Sandberg, Kirsten (2003), Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, Gyldendal Norsk Forlag AS.

Skoghøy, Jens Edvin A. (2001), Tvistemål, Universitetsforlaget.

Smith, Lucy *Barns menneskerettigheter, særlig om barns medbestemmelsesrett*. I: JV. Bind XVI 1981 hefte 9/10, side 418-430.

Smith, Lucy *Barn, foreldre og menneskerettigheter*. I: JV. 1991 hefte 3, side 101-122.

Smith, Lucy og Lødrup, Peter (1998), Barn og foreldre, 5.utgave.

Stang, Elisabeth Gording (1995), Barns rett til foreldre: Tvangsadopsjon av fosterbarn etter barneloven, Ad Notam Gyldendal.

Forarbeider

NOU 1977:35, Lov om barn og foreldre.

Ot.prp. nr.62 (1979-80) Om lov om barn og foreldre (barneloven).

Ot.prp.nr.29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven.

Innst. O. II (1927) Innstilling Fra Justiskomiteen til lov om vergemål for umyndige.

Innst. O. nr.30 (1980-81). Innstilling fra Justiskomiteen om lov om barn og foreldre (barnelova).

Innst. O. nr.96 (2002-2003). Innstilling fra familie-,kultur-og administrasjonskomiteen om lov om endringer i barneloven med videre. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene med videre.)

Domsregister

Rt. 1998 side 857

Rt. 1999 side 1183

Rt. 2000 side 874

Rt. 2001 side 1643

Rt. 2002 side 1

Rt. 2002 side 961

Rt. 2003 side 754

Rt. 2003 side 1283

Rt. 2003 side 1496

Rt. 2003 side 1179

Upubliserte dommer

LA-2002-01008 [Lovdata online].Agder lagmannsrett-Dom.2003-01-02.

LG-2001-01239 [Lovdata online].Gulating lagmannsrett-Dom.2003-02-05.

LE-2003-00096 [Lovdata online].Eidsivating lagmannsrett-Kjennelse.2003-02-06.
LG-2002-00903 [Lovdata online].Gulating lagmannsrett-Dom og kjennelse.2003-02-10.
LH-2002-00961 [Lovdata online].Hålogaland lagmannsrett-Dom.2003-02-26.
LA-2002-00944 [Lovdata online].Agder lagmannsrett-Dom.2003-03-19.
LB-2003-00961 [Lovdata online].Borgarting lagmannsrett-Kjennelse.2003-03-25.
LB-2003-00467 [Lovdata online].Borgarting lagmannsrett-Dom.2003-06-02.
LE-2003-00381 [Lovdata online].Eidsivating lagmannsrett-Dom/kjennelse. 2003-07-04.
LB-2003-01678 [Lovdata online].Borgarting lagmannsrett-Kjennelse.2003-07-11.
LB-2003-01118 [Lovdata online].Borgarting lagmannsrett-Dom.2003-07-14.
LB-2002-02492 [Lovdata online].Borgarting lagmannsrett-Dom.2003-08-15.
LE-2003-05278 [Lovdata online].Eidsivating lagmannsrett-Kjennelse.2003-08-29.
LG-2003-03763 [Lovdata online].Gulating lagmannsrett-Kjennelse.2003-09-05.
LF-2003-03652 [Lovdata online].Frostating lagmannsrett-Dom/kjennelse.2003-09-08.
LB-2003-03015 [Lovdata online].Borgarting lagmannsrett-Kjennelse.2003-09-19.
LH-2003-00322 [Lovdata online].Hålogaland lagmannsrett-Dom.2003-10-13.
LB-2003-03132 [Lovdata online].Borgarting lagmannsrett-Dom.2003-11-19.

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

Borse mot Norge 17.05.1995
Elsholz mot Tyskland 13.07.2000
Hoffmann mot Tyskland 11.10.2001
Sommerfeld mot Tyskland 11.10.2001
Sahin mot Tyskland 11.10.2001
Sahin mot Tyskland 08.07.2003

9 Vedlegg

Sveriges rikets lag:

Föräldrabalk

1949:382 om införande av föräldrabalken

6 kap FB

2 b § Vid avgörande enligt detta kapitel av frågor som rör vårdnad, boende och umgänge skall hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. (Införd g.LAG 1998:319)

Lovsamlingen (dansk):

Lov nr.387 af 14.juni 1995 om forældremyndighed og samvær

§29. Er barnet fyldt 12 år, skal der, før der træffes afgørelse i en sag om forældremyndighed eller samvær, finde en samtale sted med barnet herom. Samtalen kan dog undlades, hvis det må antages at være til skade for barnet eller uden nogen betydning for sagen.

Stk.2. Er barnet under 12 år, skal der finde sted en samtale som nevnt i stk.1 hvis barnets modenhed og sagens omstændigheder tilsiger det.